Der Wandelungsanspruch nach B. G. B.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

bei der

Juristischen Fakultät

der

Universität Leipzig

eingereicht von

Werner Schroth aus Danzig

Referendar.

Danzig.
Druck von A. Schroth.
1909.

Der Wandelungsanspruch nach B. G. B.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

bei der

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

Juristischen Fakultät

der

Universität Leipzig

eingereicht von

Werner Schroth aus Danzig

Referendar.

Danzig.
Druck von A. Schroth.
1909.

Stoffeinteilung.

Seite

§ 1. A. Vorbemerkung 5

B. Der Wandelungsanspruch nach B. G. B. 5

§ 2. I. Voraussetzungen des Wandelungsanspruches . . . 5

1. Abschluß eines gültigen Rechtsgeschäftes . . . 5
2. Gewährleistungspflicht wegen Mängel der Sache 6
   a) Gesetzliche Haftung 7
   b) Vertragliche Haftung 11
3. Vorhandensein der Sachmängel zu einer bestimmten Zeit 14

§ 3. II. Die rechtliche Gestaltung des Wandelungsanspruches und seiner Durchführung 17

1. Seine Konstruktion und sein Inhalt nach der Restitutions- und nach der Vertragstheorie . . 17
2. Einwände gegen die Vertragstheorie und deren kritische Behandlung 20
   a) Entstehungsgeschichte der §§ 462, 465 und deren Auslegung 21
   b) Interpretation einzelner Bestimmungen aus der Wandelungsmaterie 32
      aa) § 466 32
      bb) § 478 33
      cc) § 480 36
      dd) § 479 38
   c) Die allgemeinen Vertragsgrundsätze 41
   d) Die praktischen Konsequenzen 44
      aa) Anstrengung zweier Prozesse 44
      bb) Ausschluß der vorläufigen Vollstreckbarkeit 50
      cc) Gestaltung der Verjährung 51
      dd) Wandelung bei Grundstücken 51
      ee) Mangelnde Geschäftsfähigkeit des Verkäufers oder Unternehmers 52

§ 4. III. Ausschluß des Wandelungsanspruches 52

§ 5. IV. Verjährung des Wandelungsanspruches 57

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545810_0025

Ausführung.

A. Vorbemerkung.

§ 1.

Unser Gesetzbuch will als „Anspruch“ das Recht aufgefaßt wissen, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen (§ 194 Abs. 1). Folgerichtig müssen wir unter „Wandelungsanspruch“ die berechtigte Forderung des Käufers oder Bestellers gegenüber dem Verkäufer oder Unternehmer verstehen auf Rückgängigmachung des Kaufs oder Werkvertrags. Dieses Thema soll uns in folgender Arbeit beschäftigen. Da in der Literatur ein großer Streit geherrscht hat, der noch immer nicht zum Schweigen gekommen ist, in welcher Weise die Frage nach der rechtlichen Gestaltung des Wandelungsanspruches und seiner praktischen Durchführung zu regeln ist, schien es unerläßlich, auch auf diesen Punkt näher einzugehen und ihm in der Arbeit einen bevorzugten Platz einzuräumen.

B. Der Wandelungsanspruch nach B. G. B.

§ 2.

I. Voraussetzungen des Wandelungsanspruches.

1. Abschluß eines gültigen Rechtsgeschäftes.

Die oberste Voraussetzung des Wandelungsanspruches ist der Abschluß eines gültigen Rechtsgeschäfts. Denn nur, wenn ein solches vorliegt, ist die Haftungspflicht für Fehler und Mängel zu einem

bestimmten Zeitpunkt begründet. Demnach hat der Verkäufer für Mängel zunächst nur einzustehen, wenn ein rechtsgültiger Kaufvertrag abgeschlossen ist, d. h. ein Kauf über eine körperliche Sache im Sinne des § 90. Diese Sache kann beweglich oder unbeweglich sein.

Der Verkauf von Rechten gehört deshalb schon nicht her, weil es sich dort stets nur um Rechtsmängel handeln kann, die daher einen Anspruch nur auf Rechtsgewährleistung begründen.

Ebenso setzt die Haftung des Unternehmers stets einen gültigen Werk vertrag voraus.

„Gegenstand des Werkes kann sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein." (§ 631 Abs. 2). Hierher gehören namentlich auch die Verträge über Beförderung von Personen oder Sachen und die Verträge über Herstellung wissenschaftlicher oder künstlerischer Arbeiten.

2. Gewährleistungspflicht wegen Mängel der Sache.

Ob und wann die Voraussetzungen des Wandelungsanspruches vorliegen, wird in der Regel sehr bestritten sein. Man kann wohl sagen: Dem Wandelungsanspruch des Käufers oder Bestellers steht eine Verpflichtung des Verkäufers oder Unternehmers gegenüber. Es ist die Gewährleistungspflicht. Diese kann bei der dispositiven gesetzlichen Regelung beliebig erhöht, erniedrigt oder ausgeschlossen werden. Um aber einen gewissen Maßstab den Parteien zu geben, hat das Gesetz Vorschriften statuiert, die die Gewährleistungspflicht an Mängel der Kaufsache oder des Werkes zu einem bestimmten Zeitpunkt binden.

Das Gesetz gebraucht abwechselnd die Worte „Mängel" und „Fehler", ohne damit einen scharfen Unterschied machen zu wollen.

Zuweilen wird das Wort „Mangel“ als der übergeordnete Begriff gedeutet.[1])

Im Gesetze[2]) finden wir eine klare Zweiteilung der Mängel, die auch hier befolgt werden soll.

Einmal die Haftung für Fehler, welche den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder zu dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder mindern, es ist kurz die „gesetzliche Haftung“ und dann die „vertragliche Haftung“ auf Grund eines Garantieversprechens,[3]) wie es sich aus dem Wortlaute „zugesicherte Eigenschaften“ ergibt.

a) Gesetzliche Haftung.

Die Haftpflicht des Verkäufers oder Unternehmers wird dadurch begründet, „daß die Sache oder das Werk mit Fehlern behaftet ist, welche den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder mindern.“ §§ 459 S. 1, 633 Abs. 1.

Doch ist die gesetzliche Haftung beim Kaufe dann ausgeschlossen, wenn der Fehler sich nur als unerhebliche[4]) Minderung darstellt und beim Werkvertrag wird zwar auch diese Unerheblichkeit beachtet, jedoch der Wandelungsanspruch deswegen ausgeschlossen. § 634 Abs. 3.

Was nun als „Fehler“ zu deuten ist, läßt sich weder durch den starren Wortlaut des Gesetzes fixieren, noch sind darüber allgemeine Regeln aufzustellen. Die ganze Beurteilung ist eine Frage einer nach objektiven Gesichtspunkten zu treffenden Entscheidung, falls nicht gerade die subjektiven, beim Vertrag geltend

---

[1]) Leske a. a. O. S. 194, Crome a. a. O. S. 454.

[2]) §§ 459, 460, 633, 637.

[3]) Mot. II S. 225 „Ausfluß eines Garantieversprechens“.

[4]) minima non curat praetor. Diese Unerheblichkeit kann nicht nur in dem geringen Umfange sondern auch in der zeitlichen Ausdehnung bestehen. Vgl. Oertmann z. § 459 Z. 4. Staudinger z. § 459 Z. 6.

gemachten Parteiinteressen in Frage kommen. „Es kommt also nicht bloß die allgemeine, schablonenmäßige Auffassung in Betracht, sondern ebensosehr die konkrete, auf Grund der besonderen im Vertrage zu Tage tretenden Intentionen der Parteien.“ [5])

„Fehler“ kann man positiv dahin auslegen, daß die Sache oder das Werk Mängel hat, die normaler Weise fehlen sollen, und negativ stellen sie sich als nicht vorhandene Vorzüge dar, die gewöhnlich diesen Gegenständen anzuhaften pflegen.

Der „Wert“ einer Sache wird sich oft nach ihrer Verkäuflichkeit bestimmen, da das Geld als allgemeiner Wertmesser den passenden Maßstab hierfür abgibt. [6]) Bei der Frage nach der „Tauglichkeit“ fallen die Grundsätze über Treu und Glauben [7]) und die allgemeine Verkehrsauffassung entscheidend ins Gewicht. Auch die Erheblichkeit des Mangels ist von diesem Gesichtspunkte zu betrachten. Das Gesetz spricht von Fehlern, die den gewöhnlichen Gebrauch der Sache aufheben oder mindern. Hierunter ist zu verstehen der Gebrauch, „welcher mit einer derartigen Sache nach den allgemeinen Verkehrsgrundsätzen gemacht zu werden pflegt.“ [8]) Mit dem Wort „gewöhnlich“ wird also ausgedrückt, daß in diesem Falle keine Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse des Käufers oder Bestellers stattfindet. [9])

Allerdings muß meines Erachtens von diesem „gewöhnlich“ eine Ausnahme gemacht werden, wenn man die sozialen Verhältnisse der Parteien in Betracht zieht. Es handelt sich nicht etwa um einen „nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch,“ der erst später behandelt werden soll, sondern nur um eine

---

[5]) Crome a. a. O. S. 554.
[6]) Ebenso Dernburg a. a. O. S. 50.
[7]) §§ 157, 242.
[8]) Ehrlich a. a. O. S. 22
[9]) Riezler a. a. O. S. 105.

Abschwächung des zu sehr verallgemeinerten Begriffes „gewöhnlicher Gebrauch." Denn hier fallen für die Brauchbarkeit der Sache leicht persönliche soziale Verhältnisse ins Gewicht. Verlangt z. B. ein fein gekleideter Herr in einem Schuhladen ein Paar Stiefel und schickt darauf der Verkäufer ihm ein Paar derbe, nägelbeschlagene, hohe Schaftstiefel, so würde dieses sicherlich gegen Treu und Glauben verstoßen, obwohl die gelieferte Ware objektiv recht tauglich ist und den nach der Verkehrsanschauung vorausgesetzten „gewöhnlichen Gebrauch" weder aufhebt noch mindert.[10])

Nur für den Gattungskauf ist eine bestimmte Qualität der Kaufsache normiert: die Leistung einer Sache von mittlerer Art und Güte. § 243 Abs. 1.

Während das Gesetz durch die Bestimmung „zu dem gewöhnlichen Gebrauch" lediglich — wie oben mit der kleinen Ausnahme dargestellt — der allgemeinen Verkehrsauffassung die Beurteilung des Mangels überlassen will, mithin das objektive Moment in den Vordergrund rückt, hat es aber auch die Entscheidung hierüber dem Willen der Parteien anheimgestellt, indem es „den nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch" einfügte, also dem subjektiven Parteiwillen dieselbe Bedeutung beilegte.

Stehen diese beiden den „Gebrauch" bestimmenden Zusätze auch alternativ nebeneinander, so haben wir doch eine gewisse Näherung derselben durch den Einfluß der sozialen Verhältnisse gefunden. Auch hier wird nur bei Erheblichkeit der Fehler gehaftet. Aber im Gegensatz zu oben werden hier nicht nur Mängel berücksichtigt, die nach allgemeiner Verkehrsauffassung den Gebrauch gewöhnlich beeinträchtigen, sondern den subjektiven Parteiinteressen ist hier eine hervorragende Stellung eingeräumt. Doch haben diese Mängel zur Voraussetzung, daß sie von

[10]) Crome a. a. O. S. 455 nennt dieses „das stillschweigende Selbstverständliche." a. A. Staudinger z. § 459 Z. 6.

beiden Parteien gewollt sind und daß darüber Willenseinigung erzielt ist. „Diese Willenseinigung kann sowohl ausdrücklich erfolgt sein als auch sich stillschweigend vollzogen haben.“ [11])

„Es muß sich um eine wenigstens indirekt geäußerte Vertragsklausel“ der Parteien über Eignung der Sache zu diesem Gebrauche handeln. [11a]) Also höchst einseitige, vom Vertrage unabhängige Voraussetzungen werden deshalb nicht berücksichtigt, selbt wenn der „redselige“ Käufer diese Erwartung ausgesprochen hatte. [12]) Einen Rückschluß darauf, daß die Willenseinigung stillschweigend erfolgt ist, kann man z. B. aus der Höhe des Preises ziehen und schließlich kommen auch die Bestimmungen der §§ 157, 242 in Betracht. [13])

Das Gesetz hat deshalb auch die Lehre Windscheids, der unter Voraussetzung jede Annahme oder Erwartung versteht, ohne die der Handelnde nicht gehandelt haben würde, nicht übernommen, da diese subjektiven Erwartungen des Käufers oder Bestellers für den Verkäufer und Unternehmer durchaus nicht maßgebend sind, [14]) sondern stets eine „ausdrückliche oder stillschweigende Willensübereinstimmung fordern.“ [15])

---

[11]) Staudinger z § 459 Z. 6.

[11a]) Crome a. a. O. S. 456; Planck z. § 459 Z. 1. Oertmann z. § 459 Z. 4.

[12]) Dernburg a. a. O. S. 50. Planck und Oertmann cf. Note 11 a.

[13]) Staudinger z. § 459 Z. 6, Cosack S. 426. Dernburg S. 50.

[14]) Vgl. hierzu Windscheid „die Voraussetzung“ im Archiv Bd. 78 S. 195 ff. u. „die Lehre von der Voraussetzung“ S. 111 ff. — Gegen ihn Lenel im Archiv Bd. 74, S. 213 ff.; 79 S. 47 ff. u. Crome: Archiv 78 S. 122 ff. u. „Partiarische Rechtsgeschäfte“ S. 283—287.

[15]) Riezler S. 105 ff.

b) Vertragliche Haftung.

Wie ein Blick in das Gesetz lehrt, sind alle [16]) Bestimmungen der Wandelungsmaterie nachgiebiger, dispositiver Natur, d. h. es wird den freien Parteivereinbarungen voller Spielraum gewährt. Die gesetzlichen Vorschriften sollen erst da helfend eingreifen, wo eine Regelung durch vertragliche Bestimmungen nicht getroffen ist, um so den mutmaßlichen Willen der Kontrahenten zu ersetzen. Es können sowohl kraft Gesetzes als auch auf Grund persönlicher Vereinbarungen Mängel die Voraussetzungen für den Wandelungsanspruch bilden. Nur sollen nach dem im B. G. B. vertretenen Prinzipe der Vertragsfreiheit die Parteien den Umfang und die Voraussetzungen der Mängelgewähr selbst regeln können. So bestimmt das Gesetz: Verkäufer und Unternehmer haften für die zugesicherten Eigenschaften. § 459 Abs. 2. u. § 633 Abs. 1.

Unter „zugesicherten Eigenschaften einer Sache“ darf man nicht nur physische Merkmale [17]) derselben verstehen. Diese Interpretation wäre zu engherzig und der dispositiven Natur des § 459 Abs. 2 zuwider.

Sondern hierunter sind auch Zusicherungen anderer Art zu konsumieren, mögen diese rechtlicher oder wirtschaftlicher Natur sein. Der springende Punkt hierbei ist stets, daß sie geeignet sind, sowohl die allgemeine Wertschätzung zu erhöhen als auch auf den Entschluß des Käufers oder Bestellers bestimmend einzuwirken. [18]) Hierher gehören z. B. der Ertrag oder

---

[16]) mit Ausnahme v. §§ 476, 637.

[17]) Staudinger z. § 459 Z. 8.

[18]) Vgl. Planck z. § 459 Z. 2a., Oertmann z. § 459 Z. 5, Dernburg a. a. O. S. 51, Düringer-Hachenburg S. 130, Endemann S. 990 Anm. 23, Neumann z. § 459 Z. 1b., Crome in „das Recht“ 1902 Nr. 13 S. 335, Fischer-Henle z. § 459, R. G. E. 52 S. 2.

die Ertragsfähigkeit eines Grundstückes,[19]) der Umsatz eines Gewerbebetriebes[20]) das Bestehen einer Versicherung zu bestimmter Höhe[21]) usw.

„Selbstverständlich unter Begrenzung auf Ort und Zeit, für welche diese Garantie vernünftigerweise, resp. nach Verkehrsgrundsätzen verstanden werden kann und übernommen worden ist.“[22])

Das Wort „zusichern“ bedeutet, daß jemand ausdrücklich sich verpflichtet, absolute Garantie[23]) für seine Behauptungen zu übernehmen. Ferner ist die Ernstlichkeit[24]) dieser Garantieübernahme erforderlich. Denn nur vage Behauptungen eines redseligen Verkäufers oder marktschreierische Anpreisungen entbehren dieses Momentes, wollen auch gar nicht so streng bindend aufgefaßt werden. Allerdings wird sich bei den allgemeinen Behauptungen leicht eine gesetzliche Haftung begründen lassen.[25])

Die Zusicherung kann sich sowohl beziehen auf das Verhandensein gewisser Vorzüge als auch auf die Abwesenheit bestimmter Fehler. Essentiel ist jedoch stets, daß sie einen bestimmten Inhalt hat.

Ist diesen Erfordernissen Genüge geleistet, so kommt selbst — im Gegensatz zur gesetzlichen Haftung — eine unerhebliche Minderung in Betracht, außer wenn die Ausübung des Rechts sich geradezu mit den Grundsätzen über Treu und Glauben in

---

[19]) R. G. in Jur. W. 1903 Beilage 113.

[20]) Rspr. 8. S. 65.

[21]) R. G. E. 54 S. 222.

[22]) Crome in „das Recht“ S. 65.

[23]) Mot II. S. 225.

[24]) Mot. II. S. 225, Staudinger z. § 459, Matthiass Lehrb. S. 444, Landsberg S. 426 A. 3, Kuhlenbeck z. § 459 Z. 5 u. „Pand. bis B. G. B.“ S. 256, Leske S. 194, Türcke, Niedenführ, Winter z. § 459, Neumann z. § 459, Dernburg a. a. O. S. 51.

[25]) Dernburg a. a. O. S. 49.

Widerspruch stellen oder die Voraussetzungen des Chikaneverbotes vorliegen würden. [26])

Eine bekannte Streitfrage ist dahin entstanden, ob auf die Zusicherung von Eigenschaften auch die Vertragsformen Anwendung finden müßten oder nicht. Nach Endemann [27]) handelt es sich um einen Vertragsbestandteil, ist deshalb auch an dessen Formen gebunden. [27a]) Andere schreiben auch der formlosen Erklärung dieselbe Kraft zu und führen dies auf die Grundsätze von Treu und Glauben zurück. [28])

Beide Ansichten lassen sich vertreten. Das Hauptgewicht ist darauf zu legen, daß die Zusicherung ein Bestandteil des Vertrages sein muß. Im übrigen wird wohl sich die Entscheidung dieser Frage nach dem einzelnen Falle richten.

Beim Werkvertrag, namentlich, wenn es sich um die Ausführung von künstlerischen Erfolgen handelt oder das Übereinkommen dahin geht, zählt es als Mangel, wenn ein anderer als der Unternehmer das Werk vollendet, da man gerade in der persönlichen Ausführung hier die zugesicherten Eigenschaften des Werkes erblickt. [29])

Eine Ausnahme von der Haftung für zugesicherte Eigenschaften, die deshalb auch nicht vom Wandelungsanspruch beim Kauf berührt werden, bildet der Fall, daß der Verkäufer verspricht, eine bestimmte Eigenschaft herstellen zu wollen. Denn der Kernpunkt der zugesicherten Eigenschaften liegt darin, daß der Verkäufer ihre Anwesenheit garantiert, nicht

---

[26]) Jur. W. 1900 S. 880, Düringer-Hachenburg S. 129.

[27]) Endemann S. 990 Z. 23.

[27a]) Crome a.a. O. S. 457, Crome in „d. Recht“ S. 334, Eccius in Gruchot 43, S. 309, Planck z. § 459 Z. 2a, Düringer-Hachenburg S. 129.

[28]) Dernburg a. a. O. S. 51. Staudinger z. § 459 Z. 8, Oertmann z. § 459 Z. 5.

[29]) Hachenburg a. a. O. S. 38, Riezler a. a. O. S. 34.

etwa ihr späteres Vorhandensein bindend in Aussicht stellt. Dasselbe sagen die Motive:[30]) „In der Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft kann nichts anderes als die Übernahme der Garantie für das Vorhandensein dieser Eigenschaften beim Kaufabschluß und das Versprechen gefunden werden, für alle Folgen einstehen zu wollen, wenn die Eigenschaft fehlte."

Es handelt sich also beim Kaufe nur um eine Haftung nach den allgemeinen Grundsätzen über die Erfüllung von Vertragspflichten.[31])

Dagegen beim Werkvertrage ist die Zusicherung der Herstellung einer Eigenschaft sehr wohl möglich, da es sich hier ja um ein erst werdendes Objekt handelt, auf das der Unternehmer noch vollen Einfluß hat.

Zum Schluß sei noch erwähnt, daß eine gesteigerte Haftpflicht des Verkäufers oder Unternehmers besteht, wenn er den Mangel arglistig verschwiegen hat. Die Arglist kann sich äußern in dem Verschweigen eines gesetzlichen Fehlers oder in dem Zusichern wider besseres Wissen einer Eigenschaft. Sie wird sich also bald als bewußt unrichtiges Zusichern von Vorzügen oder als gewollt falsche Bekräftigung der Abwesenheit von Fehlern charakterisieren.

Von Bedeutung ist diese geschärfte Haftung gerade für den später zu behandelnden Ausschluß des Wandelungsanspruchs.[32]).

3. Vorhandensein der Sachmängel zu einer bestimmten Zeit.

Das dritte Erfordernis für die Mängelhaftung des Verkäufers[33]) und folglich auch eine Voraussetzung

[30]) Mot. Bd. II, S. 226.

[31]) Dernburg a. a. O. S 51, Staudinger z. § 459 Z. 8, Oertmann z. § 459 Z. 5.

[32]) Vgl. Note 16.

[33]) Der kritische Zeitpunkt des Werkvertrages soll wegen einzelner abweichender Bestimmungen im Anschluß behandelt werden.

für die Berechtigung des Wandelungsanspruchs bildet das Vorhandensein der Fehler in einem bestimmten Augenblick, in dem kritischen Zeitpunkte. Hier macht das B. G. B. eine bewußte Änderung gegen das römische Recht, indem es nicht dem Vertragsschlusse,[34]) sondern dem Gefahrübergange diese zeitlichen Wirkungen überträgt. § 459. — Der Zweck dieser Bestimmung ist der, daß nach Gefahrübergang ein zufälliger Untergang oder kasuelle Verschlechterung der Sache vom Käufer zu tragen ist.

Bis zu diesem Zeitpunkte haftet der Verkäufer für das Bestehen der Sache und für bereits vorhandene Fehler.[35]) Dieser Augenblick der Bindung wurde aus „Zweckmäßigkeitsgründen" gewählt zur „Vereinfachung des Rechts und Abschneidung chikanöser und verwickelter Prozesse." [36])

Diesen Augenblick des Gefahrübergangs kennzeichnet das Gesetz näher als mit der „Übergabe" der Sache eingetreten. § 446 Abs. 1. Unter „Übergabe" ist nur die tatsächliche Übergabe oder die dieser gleichstehende traditio brevi manu zu verstehen.[37]) Das constitum possessorium und die Abtretung eines Herausgabeanspruches gehören meines Erachtens nicht hierher, da es gerade bei der Mängelhaftung darauf ankommt, daß sich der Käufer von der Beschaffenheit der Kaufsache überzeugen kann, was natürlich ausgeschlossen ist, wenn sie seinem Besitze, also auch seiner Kritik entzogen ist.[38])

---

[34]) periculum est emtoris.

[35]) Ebenso nach § 651 der Unternehmer beim Werklieferungsvertrage, wenn es sich um vertretbare Sachen handelt.

[36]) Mot. II. S. 226. Vgl. auch Planck zu § 459 Z. 1.

[37]) Planck z. § 446 2, Endemann a. a. O. S. 950, Emerich S. 44.

[38]) a. A. Dernburg S. 26, IV, Crome S. 216, Titze S. 257, Cosack S. 400 Z. 6, Enneccerus Lehmann S. 592 Z. 8, Oertmann 7. § 446 Z. 1a.

Eine Ausnahme von dieser Regel bildet der § 446 Abs. 2. „Wird der Käufer eines Grundstücks vor der Übergabe als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen, so treten diese Wirkungen mit der Eintragung ein.“

Folgt die Eintragung jedoch erst nach der Übergabe, so bleibt es natürlich bei den alten Bestimmungen des § 446 Abs. 1.

Im allgemeinen können Mängel folglich nur geltend gemacht werden, wenn sie zu dem Zeitpunkte des Gefahrübergangs, zur Zeit der Übergabe vorhanden sind. Doch wird eine strengere Haftung des Verkäufers bei Speziessachen[39]) schon dann normiert, wenn eine zugesicherte Eigenschaft fehlt oder ein Fehler arglistig verschwiegen ist, indem hier schon der Abschluß des Kaufvertrags dieselben Wirkungen äußert.

Schließlich hat das B. G. B. bei einigen Spezialbestimmungen den Gefahrübergang nicht mit der Übergabe sondern durch andere Tatsachen entstehen lassen.[40])

Beim Werkvertrage[41]) finden wir keine Bestimmung, die dem § 459 entspräche. Doch kommen wir zu dem gleichen Ergebnis auf Grund des § 644 Satz 1: „Der Unternehmer trägt die Gefahr bis zur Abnahme des Werkes.“

Er haftet also auch bis zu diesem Zeitpunkte für den zufälligen Untergang des Werkes und dafür, daß seine Herstellung unmöglich wird oder daß es bei der Abnahme mit Fehlern oder Mängeln behaftet ist. Eine Ausnahme findet statt für den vom Besteller gelieferten Stoff, für dessen zufällige Verschlechterung der Unternehmer nicht einzustehen hat. § 644 Satz 3. Unter „Abnahme“ ist nicht nur die tatsächliche Übergabe wie beim Kaufe zu verstehen,[42])

[39]) nicht bei Gattungssachen § 480 Abs. 2.

[40]) Vgl. §§ 158 Abs. 1, 263 Abs. 2, 447, 495, 2380.

[41]) und ebenso beim Werklieferungsvertrage, wenn es sich um nicht vertretbare Sachen handelt.

[42]) Dernburg S. 432, 442, Tietze S. 229 f.

sondern sie enthält gleichzeitig das Moment der Billigung durch den Besteller, der damit eine Anerkennung des Werkes als Erfüllung zeigt.[43]) An Stelle der Abnahme tritt bei nicht abnahmefähigen Werken nach § 646 ihre Vollendung.

Schon vor der Abnahme des Werkes geht die Gefahr auf den Besteller über

1. bei Annahmeverzug § 644 Abs. 1, S. 2,

2. nach Maßgabe des § 447 bei Versendung des Werkes nach einem anderen Orte als dem Erfüllungsorte, sofern der Besteller dies verlangt hat § 644 Abs. 2,

3. bei durch den Besteller verschuldetem Untergang oder Verschlechterung des Werkes, ohne daß der Unternehmer hierbei einen Umstand zu vertreten hatte § 645 Abs. 1.

Wie schon gesagt, sind auch diese Vorschriften dispositiver Natur, sodaß der Zeitpunkt des Gefahrüberganges vertraglich näher gerückt oder weiter hinausgeschoben werden kann. So braucht die Haftung z. B. sich nur auf das Vorhandensein einer Eigenschaft zur Zeit des Vertragsschlusses, nicht zur Zeit des Gefahrübergangs zu erstrecken z. B. eines Mietsertrages zur Zeit des Kaufes.[44])

§ 3.

II. Die rechtliche Gestaltung des Wandelungsanspruches und seiner Durchführung.

1. Seine Konstruktion und sein Inhalt nach der Restitutions- und nach der Vertragstheorie.

Wir gelangen jetzt zur Frage nach der Konstruktion, nach der rechtlichen Natur des Wandelungsanspruchs.

---

[43]) Matthiass Lehrb. S. 528, Planck z. § 640 Z. 1a, Crome a. a. O. S. 689, Prot. II S. 316, Endemann S. 794 Z. 7, Enneccerus-Lehmann S. 684, Oertmann z. § 460 Z. 1, Riezler S. 135 ff., Staudinger-Kober § 460 Z. 2, Landsberg S. 464. — Etwas anders Cosack § 148 1, Z. 3.

[44]) Planck zu § 450 Z. 2b, Dernburg a. a. O. S. 52.

Der Gesetzgeber unseres heutigen Rechtes war nicht nur bemüht ein Recht zu schaffen, das allen Anforderungen, die ein fortgeschrittenes Verkehrsleben und eine moderne Auffassung verlangten, genügte, sondern er legte auch einen großen Wert darauf, die rechtliche Gestaltung der einzelnen Fragen und Materien klar zu entwickeln, um so der Rechtsanwendung „einen deutlichen Fingerzeig“ [45]) für die zu Grunde liegende Konstruktion zu geben. War er auch bemüht, möglichst auf dem Boden des bis dahin geltenden Rechtes zu schaffen, so war öfters doch eine Modifikation nötig.

So finden wir auch den heutigen Wandelungsanspruch seinem Zweck und Inhalt nach ziemlich unverändert wieder, während seine rechtliche Gestaltung eine vollständig neue Form im Gegensatz zum bisherigen Rechte erfahren hat. Allerdings hat er im Gesetze nicht so deutlichen Ausdruck gefunden, daß seine Konstruktion, wie die Protokolle ihn bestimmen, widerspruchslos hingenommen würde.

Es bestehen heute zwei Theorieen, die schon seit langer Zeit im harten Kampfe ihre Ansicht verfechten.

Die eine, die sog. gemeinrechtliche oder Restitutionstheorie, vertritt die Anschauung, daß der Wandelungsanspruch ebenso wie im gemeinen Rechte unmittelbar auf Realisierung der aus dem Mangel entstandenen Verpflichtungen hinziele.[46])

Ihre Hauptvertreter sind:

Staudinger-Kober zu §§ 462 u. 465, Eccius a. a. O S. 105 ff., Enneccerus-Lehmann a. a. O. S. 605, Staub zu § 377 H. G. B., Matthiass § 106 u. D. Jur. Z. 1902 S. 205 ff., Neumann in Bem. 2 zu

[45]) Prot. S. 710.

[46]) Haymann a. a. O. S 510 „sie gibt dem Käufer unmittelbar auf Grund des Mangels einen Anspruch auf Rückerstattung des Kaufgeldes gegen Rückgabe der Kaufsache.“

§ 462, Kuhlenbeck 1903 Bem. 1 zu § 465, Düringer-Hachenburg a. a. O. S. 137 ff., Haymann a. a. O. S. 509 ff., Fischer-Henle z. § 465, Thiele a. a. O. S. 387 ff., Langheineken a. a. O. S. 215, Levy a. a. O. S. 25, Müller a. a. O. S. 45 ff., Biermann a. a. O. S. 315 ff., Francke a. a. O. S. 517 ff., Grabner a. a. O. S. 254 u. 515; ferner Ehrlich a. a. O. S. 58 ff., Cappenberg a. a. O. S. 44, Günder a. a. O. S. 5 ff., Ey a. a. O.

Allerdings drücken sie diese ihre Auffassung nicht alle gleichmäßig aus, wie es ihrer Zahl nach ja auch ausgeschlossen ist. Auf Grund eingehender Forschungen kommen sie wohl zu abweichenden Resultaten, die schließlich aber doch immer wieder auf denselben Gedanken hinauslaufen. So sagt Eccius[47]) negativ: „Der Wandelungsanspruch geht dahin, daß der Verkäufer sich jeder Forderung aus dem rückgängig zu machenden Kaufvertrage zu enthalten habe," Langheineken[48]) positiv: „Der Gesetzgeber hat dem Käufer einen obligatorischen Anspruch verliehen, gerichtet auf Rückgängigmachung der zum Zwecke der Erfüllung der beiderseitigen vertraglichen Verbindlichkeiten gemachten Leistungen." Ähnlich Enneccerus-Lehmann[49]): „Der Wandelungsanspruch geht auf Wiederherstellung des Zustandes vor dem Kaufe."

Mögen sie also auch kleine Abweichungen zeigen, der Gedanke, daß der Wandelungsanspruch nie mittelbar, d. h. durch das Medium eines Vertragsschlusses ausgeführt werden könne, hält sie alle zusammen.

Gerade dieses von der Restitutionstheorie verpönte Mittelglied des Vertragsschlusses bildet den Kernpunkt der Vertragstheorie.

---

[47]) a. a. O. S. 325;

[48]) a. a. O. S. 228;

[49]) a. a. O. S. 605.

Zu ihr bekennen sich:

Planck z. § 462 u. § 465, Oertmann z. §§ 462, 465, Crome S. 460, Dernburg a. a. O. § 186 Anm. 11, Endemann a. a. O. § 161, Leske a. a. O. S. 198 ff., Windscheid-Kipp a. a. O. S. 656 f., Flechtheim in Gr. 44 S. 65 ff., Kloss a. a. O. S. 373 ff., Schroeder a. a. O. S. 25 ff., Oertmann: „das Recht" a. a. O. S. 4 ff., Hellwig a. a. O. S. 383, Krückmann a. a. O. S. 585 u. S. 420 ff., Rspr. d. O. L. G. a. a. O. S. 35 f., R. G. E. Bd. 58 S. 424, Bd. 59 S. 97; ferner Emerich a. a. O. S. 73, 74, Frisch a. a. O. S. 21 ff., Aschheim a. a. O. S. 28 ff., Kaulbach a. a. O. S. 5 ff., Engeling a. a. O. S. 28, Heinecke a. a. O. S. 16 ff., Balcke a. a. O. S. 53 ff., Eckert a. a. O. S. 48 ff., Leistner a. a. O. S. 39 ff., Stratmann a. a. O. S. 9 ff, Pfeiffer a. a. O. S. 34 ff. — und der Verfasser.

Nach dieser Lehre geht der Wandelungsanspruch daraufhin, daß der Verkäufer [50]) in einen Vertrag mit dem Käufer willige, durch den der Kaufvertrag aufgehoben wird. Aus diesem Aufhebungsvertrage ergibt sich dann ohne weiteres die Rückgängigmachung der geschehenen Leistungen. Es sind obligatorische, nicht dingliche Verpflichtungen der Parteien, die Zug um Zug zu erfüllen sind und deren Umfang und Inhalt gesetzlich geregelt ist. [51])

2. Einwände gegen die Vertragstheorie und deren kritische Behandlung.

Die Anhänger der Vertragstheorie stützen ihre Ansicht auf das Gesetz und die Materialien. Allerdings haben sie da einen ziemlich harten Stand gegenüber den Vertretern der Restitutionstheorie, die bemüht sind, ihnen diese Stützen zu entreißen.

[50]) Der Einfachheit halber soll nur vom Kaufe hier geredet werden.

[51]) §§ 467, 346—348, 350, 354—356.

Als Hauptargumente gegen die Vertragstheorie führen die Gegner, die sich zum größten Teil aus den Männern der Praxis zusammensetzen, Einwendungen aus dem Gesetzestexte und den Konsequenzen der bekämpften Meinung ins Feld.

Auch suchen sie ihrerseits positiv ihre Ansichten zu begründen durch logische und grammatische Interpretation des Gesetzes und der Materialien, wobei sie allerdings nur dem ersten Entwurfe Beachtung schenken, während sie den Protokollen der zweiten Kommission, obwohl diese ihrer jüngeren Entstehung wegen überzeugungsvoller wirken müßten, nur nebensächliche Bedeutung zumessen.

Es sollen nun in folgendem die Argumente der Gegner der Vertragstheorie ausgeführt und kritisch behandelt werden. Da die Vorwürfe, die sie bezüglich der praktischen Konsequenzen machen, vielfach auf das prozessuale Gebiet herüberspielen, so wird es unerläßlich sein, diese Arbeit auch soweit auszudehnen, um damit eine bessere Würdigung und ein eingehenderes Verständnis der vorgebrachten Einwände zu ermöglichen, da diese zu den wichtigsten gehören, und um damit auch einen Untergrund für die Beantwortung dieser angeblich mißlichen Konsequenzen zu schaffen. — Auch ist unser materielles Recht mit dem Prozeßrecht so eng verquickt, daß ein zeitweiliges Eingehen auf dieses wohl nicht so sehr aus dem Rahmen der Arbeit treten wird.

a) Entstehungsgeschichte der §§ 462, 465 und deren Auslegung.

Die beiden Paragraphen, um die sich hauptsächlich die Streitfrage dreht, lauten:

„Wegen eines Mangels, den der Verkäufer nach den Vorschriften der §§ 459, 460 zu vertreten hat, kann der Käufer Rückgängigmachung des Kaufs

(Wandelung) oder Herabsetzung des Kaufpreises (Minderung) verlangen." § 462.

„Die Wandelung oder die Minderung ist vollzogen, wenn sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt." § 465.

Während die Vertreter der Restitutionstheorie die Begriffsbestimmung lediglich im § 452 suchen und dem § 465 nur die Wirkung zuschreiben, daß er den Endpunkt für die Wahl zwischen Wandelung und Minderung, für das jus variandi normiere, stützen die Vertreter der Vertragstheorie ihre Lehre auf § 465, dem sie zwar den von der Restitutionstheorie gewollten Zweck nicht abstreiten, aber als seinen Hauptinhalt eine Definition über den Charakter des Wandelungsanspruchs zuschreiben.

Zunächst sucht die Restitutionstheorie ihren Standpunkt aus der Entstehungsgeschichte der §§ 462, 465 zu verteidigen. § 462 hat sich auch schon im § 383 des ersten Entwurfs gefunden. Die kleinen Abweichungen des § 383, der von der Rückgängigmachung des „Vertrags" gegenüber der heutigen Rückgängigmachung des „Kaufes" spricht, sind bedeutungslos, da der erste Entwurf ganz allgemein von der Gewährleistung für alle Veräußerungsverträge sprach, während das heutige Gesetzbuch die Materie „ex professo innerhalb der Lehre vom Kaufe normierte". [52])

Im ersten Entwurfe (§ 384) sollte die Wahl zwischen dem Rechte auf Wandelung und dem Rechte auf Minderung nach den Vorschriften über die Alternativobligation geregelt werden. Die Wahl vollzieht sich demnach durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung.

Dem heutigen § 467 entspricht § 387 des ersten Entwurfs. Eine dem jetzigen § 465 ähnliche Be-

[52]) Haymann a. a. O. S. 530.

stimmung fehlt in Entwurf I gänzlich. Also muß jeder Unbefangene das Recht der Wandelung im Sinne der Restitutionstheorie auslegen.[53]) Genau dasselbe sagen auch die Motive:[54]) „Die an die Wandelung sich knüpfenden Rechte und Pflichten der Parteien werden unmittelbar und nicht erst durch ein sich anschließendes Rechtsgeschäft oder Urteil hervorgerufen"; und „dem Erwerber steht der Anspruch auf gänzliche oder teilweise Restitution des von ihm geleisteten zu."

Es wird von der Vertragstheorie gerne zugegeben, daß Entwurf I den Wandelungsanspruch im Sinne der Restitutionstheorie gestaltet hat, und dieses ist auch nie bestritten worden.

„Warum sollte die Neuaufnahme des § 465 an der Konstruktion des Wandelungsanspruchs etwas ändern?" fragt Haymann.[55]) Aus der Geburtsgeschichte ergibt sich folgendes: Wie die Protokolle sagen, wollte man dem Käufer dadurch entgegenkommen, daß man sein Recht, statt der Wandelung Minderung oder statt dieser Wandelung zu verlangen, entsprechend seinem Rechte, beim Vertrage stehen zu bleiben, erweiterte, also bis zu dem Zeitpunkte ausdehnte, daß der Verkäufer sich mit der gewählten Wandelung oder Minderung einverstanden erklärt habe oder rechtskräftig dazu verurteilt sei.[56]) Daher bestimmten die Protokolle:[57]) „Das Recht des Käufers, statt der verlangten Wandelung die Minderung oder statt dieser die Wandelung zu verlangen oder statt der verlangten Wandelung oder Minderung bei dem Vertrage stehen zu bleiben, wird erst dadurch ausgeschlossen, daß der Verkäufer sich mit der Wande-

---

[53]) Haymann a. a. O. S. 531.
[54]) Prot. Bd. II S. 230, 239.
[55]) a. a. O. S. 532.
[56]) Prot. S. 686 Abs. 3, 709.
[57]) Prot. S. 709, 611, 685, 673.

lung oder Minderung einverstanden erklärt hat.“ Um den Zeitpunkt des Vollzugs der Wandelung festzustellen, wie dieses in ähnlichen Fällen das Gesetz geregelt hatte, wurde folgender Antrag gestellt, wobei der vorige zurückgezogen werden sollte:[58]) „Die Wandelung und die Minderung ist vollzogen, wenn der Verkäufer sich dem Käufer gegenüber mit dem Verlangen des Letzteren, daß der Kauf rückgängig gemacht oder der Kaufpreis herabgesetzt werde, einverstanden erklärt hat oder zur Wandelung oder zur Minderung rechtskräftig verurteilt ist. — Bis dahin ist der Käufer an eine von ihm erklärte Wahl zwischen Wandelung und Minderung und dem Anspruch auf Erfüllung des Vertrags nicht gebunden.“

„Der sehr bezeichnende letzte Nebensatz des Absatz I ist freilich schon in der Schlußfassung in der Redaktionskommission durch die nach § 894 C. P. O. selbstverständliche Wendung „„oder dazu (d. h. zur Einverständniserklärung) rechtskräftig verurteilt ist,““ ersetzt worden. Diese wiederum ist in der Bundesratsvorlage, die mit dem Gesetz übereinstimmt, gestrichen worden, ebenso wie der ganze Absatz 2, ohne daß mit letzterem, wie Planck[59]) mitteilt, eine sachliche Änderung beabsichtigt worden wäre. Schon in der Bundesratsvorlage umfaßt die so abgeänderte Bestimmung einen besonderen Paragraphen (§ 459).“[59a])

Aus dieser Entstehungsgeschichte folgert Haymann dreierlei:

Einmal, wie man aus der fast unveränderten Gestalt des § 383 des Entwurfs I im § 462 des Gesetzes ersehen könne, sollte dieser Paragraph an dem Inhalt der Gewährleistungsansprüche nichts ändern. Es sollte also die gemeinrechtliche Auffassung bei-

---

[58]) Prot. S. 708—710.

[59]) Planck z. § 465 Z. 1.

[59a]) Haymann a. a. O. S. 533.

behalten werden. — Dann ergebe sich mit umstößlicher Klarheit, daß § 465 nur den Zweck gehabt haben könne, den ihm die Vertreter der Restitutionstheorie zuschreiben, nämlich das jus variandi des Käufers zu beendigen. — Schließlich bedeute „Vollziehung" der Wandelung nichts anders wie „Definitivwerden" der Wahl, nicht etwa Ausführung der Wandelung. Nur solle im Gegensatz zur Alternativobligation diese Wahl nicht durch einseitige Willenserklärung sondern durch die Einwilligungserklärung des Verkäufers endgültig geworden sein. [60])

Wenn nun freilich diese Argumente Haymann's bestechend wirken, so muß er doch schließlich gleich darauf zugeben, daß die Mehrheit der zweiten Kommission doch neben dem von ihm angenommenen Sinne „zugleich auch den Inhalt der Gewährleistungsansprüche normieren wollte und zwar im Sinne der von der Mehrheit gebilligten Vertragstheorie." [61]) Doch sucht er diese Konzession dadurch zu entkräften, daß er ausführt, die Vertragstheorie verdanke ihren Ursprung nicht etwa einer sachlichen Erwägung sondern „lediglich einer formalen Frage der legislativen Technik." [62]) Denn das ausschlaggebende sei für die Mehrheit der zweiten Kommission gewesen, sie wollte die Ausübung des Rechts auf Wandelung nicht einer Präklusivfrist sondern einer kurzen Verjährung unterwerfen. Zu diesem Erfolge konnte sie nur durch das Medium einer Anspruchskonstruktion gelangen, zu der die Vertragstheorie das taugliche Mittel bot. Aber hierbei ging sie von einer falschen Voraussetzung

---

[60]) Haymann a. a. O. S. 533, 534. — Ebenso Staudinger-Kober z. § 465 II 1 a „§ 465 schiebt materiell lediglich den Zeitpunkt, in welchem das Wahlrecht des Käufers ausgeschlossen wird, hinaus bis zur Einverständniserklärung des Verkäufers." Vgl. auch Kuhlenbeck 1903 z. § 465 Z. 1 u. andere.

[61]) Haymann a. a. O. S. 534.

[62]) Haymann a. a. O. S. 535.

aus, da sowohl das gemeinrechtliche Institut der actio redhibitoria den Stempel des Anspruchscharakters trug als auch „der erste Entwurf bei Normierung der Materie auf den Anspruchscharakter das größte Gewicht legte.“ [63]) In den Motiven [64]) komme dieses deutlich zum Ausdruck: „Der Erwerber hat schon einen wirklichen und wahren Anspruch . . . . dieser Anspruch ist gerichtet auf gänzliche oder teilweise Befreiung von den durch den Vertrag entstandenen Verpflichtungen.“

Werfen wir jetzt einen Blick auf die Stellen der Protokolle, die ein starker Stützpunkt für die Auffassung der Vertragstheorie sind, wie ihre Gegner auch anstandslos zugeben.

„Man könne das Verhältnis ohne Zwang in der Art gestalten, daß der Mangel den Käufer berechtige, die Aufhebung des Kaufes durch einen hierauf gerichteten Vertrag vom Verkäufer zu verlangen. Weigere sich der Verkäufer einen solchen Vertrag einzugehen, so könne er darauf verklagt werden und werde durch das rechtskräftige Urteil nach den Vorschriften der C. P. O. seine Einwilligung ersetzt. Bei dieser Konstruktion ergäbe sich, daß immer ein Anspruch im Sinne des Entwurfs vorhanden, der Anspruch aber der Verjährung unterworfen sei.“ [65])

„Das Gesetz müsse der Rechtsanwendung einen deutlichen Fingerzeig für die ihm zu Grunde liegende Konstruktion geben. Der Entwurf konstruiere das Recht auf Wandelung als Anspruch, kraft dessen der Käufer vom Verkäufer die Einwilligung in die Aufhebung des Kaufs, die Annahme des auf diese gerichteten Vertragsantrags verlangen könne. Die Wandelung sei mithin vollzogen mit der Erklärung

---

[63]) Haymann a. a. O. S. 536.
[64]) Mot. II. S. 228, 238, 239.
[65]) Prot. S. 680, 673 ff.

des Einverständnisses seitens des Verkäufers oder der diese ersetzenden Verurteilung desselben.“ [66])

Aus diesen beiden Stellen der Protokolle ergibt sich klipp und klar, daß die zweite Kommission dem Wandelungsanspruch die hier vertretene Konstruktion hat geben wollen, nämlich den Anspruch auf Einwilligung in einen Vertrag nicht als Anspruch auf Einwilligung in die Folgen dieses Vertrages. — Die hier vertretene Ansicht haben denn auch die Anhänger der Vertragstheorie deutlich zum Ausdruck gebracht: „Mit der Erzielung dieses Einverständnisses ist der Kaufvertrag aufgehoben, außerdem ein neues Schuldverhältnis zwischen Käufer und Verkäufer hergestellt, gerichtet auf Rückleistung Zug um Zug.“ [67])

Was die weitere Behauptung Haymann's betrifft, die zweite Kommission hätte den Anspruchscharakter der actio redhibitoria und der Wandelung des ersten Entwurfs verkannt nnd deshalb unnötiger Weise das Medium eines Aufhebungsvertragsschlusses dem Wandelungsanspruch oktroyiert, so bewegt er sich dort auf einer falschen Basis. Denn die zweite Kommission wollte nicht den Anspruchscharakter der actio redhibitoria verwerten, da sie etwas ganz Neues im Auge hatte. Für sie bedeutete der Wandelungsanspruch ja nicht Aufhebung der Folgen des Kaufs, sondern nur Aufhebung des Kaufvertrages. Aus dieser Aufhebung des Kaufes sollten sich erst die obligatorischen Verpflichtungen zur Rückleistung Zug um Zug ergeben.

Gehen wir von diesem Gesichtspunkte aus, so erklärt sich vielleicht, warum die zweite Kommission den Anspruchscharakter erst durch einen Vertrag zur

---

[66]) Prot. S. 710.

[67]) Schollmeyer: Recht der Schuldverhältnisse S. 16, 17. Vgl. ferner: Planck: „Anspruch auf Annahme des Vertragsantrags.“ Flechtheim S. 72 „Anspruch auf Einwilligung in die Rückgängigmachung des Kaufes“, Kloss S. 287 ff., Hellwig S. 383, Windscheid-Kipp S. 657, Crome S. 460, Dernburg S. 57 und andere mehr.

Entstehung kommen ließ, da ja bei der Wandelung nach bisher geltendem Rechte der Anspruch aus dem aufgehobenen Kaufe entsprang, während er nach der neuen Konstruktion schon dem aufzuhebenden Kaufe seine Geburt verdanken sollte.[68]) Behauptet Haymann,[69]) der § 465 bestimme nur den Endpunkt der Wahl, also einen Abschluß des jus variandi, so hat er hierin nur zum kleinen Teil Recht. Die Hauptbestimmung ist der von den Vertretern der Vertragstheorie ihm zugesprochene Zweck, nämlich der Inhalt eines Anspruchs auf Abschluß eines Wandelungsvertrages, während der Endpunkt des jus variandi bei ihm nur mittelbar aus dieser Bestimmung hervorgeht.

In Haymann's Ausführung findet sich eine Lücke, die gerade für die Beurteilung der Geburtsgeschichte des § 465 von großer Bedeutung ist. — Als nämlich, um den § 384 des Entwurfs I abzuändern, von der zweiten Kommission der Antrag gestellt wurde, den Paragraphen zu fassen: „Die Wahl ist vollzogen, wenn sie von dem Käufer dem Verkäufer gegenüber erklärt worden ist. Die vollzogene Wahl ist unwiderruflich," wurde mit Recht darauf aufmerksam gemacht, daß diese Art der Vollziehung ja gerade mit der neugeschlossenen rechtlichen Gestaltung des Wandelungsanspruches im krassen Gegensatz stände. Denn warum sollte der Käufer an seine Wahl gebunden sein, wenn der Verkäufer seine Offerte ablehne?[70]) Denn mit der Vertragskonstruktion des Wandelungsanspruches ergibt sich ja schon aus den allgemeinen Vertragsgrundsätzen, daß eine Bindung des Käufers mit Ablehnung seiner Offerte ausgeschlossen ist, eine unwiderrufliche Bindung erst mit Vertragsabschluß ent-

---

[68]) Vgl. Kaulbach a. a. O. S. 19.

[69]) a. a. O. S. 533. — Ebenso: Eccius a. a. O. S. 324, Lobe a. a. O. S. 116, Neumann z. § 462 Z. 2, Staudinger-Kober u Kuhlenbeck 1903 z. § 465.

[70]) Vgl. Prot. S. 685.

steht, also das Wahlrecht schon durch die Vertragskonstruktion des Wandelungsanspruches selbst geregelt wird. Von diesem Gesichtspunkte aus sind erst die von Haymann[71]) angeführten Anträge der zweiten Kommission zu Stande gekommen. Und daß die zweite Kommission empfunden hat, daß das Wahlrecht schon mittelbar in dem Wandelungsvertragsschluß geregelt wird, sieht man aus der Fassung des Antrags, der später zum Gesetze wurde. Denn hier steht deutlich[72]): „Die Wandelung und die Minderung ist vollzogen . . .", nicht „die Wahl zwischen der Wandelung und der Minderung ist vollzogen."

Diese Abänderung empfindet Haymann[73]) später selbst unangenehm, indem er ausführt: „Sprachlich korrekter wäre es gewesen, wenn man in jeder Hinsicht die Ausdrucksweise des § 208 Entwurf I beibehalten und statt von der Vollziehung der Wandelung oder Minderung von der Vollziehung der Wahl zwischen Wandelung und Minderung gesprochen hätte." Wenn er zu seiner Verteidigung schreibt,[74]) „daß diese Ungenauigkeit gegenüber den sprachlichen und technischen Absonderheiten, ohne deren Unterstellung der Text gar nicht im Sinne der Vertragstheorie ausgelegt werden könne, wenig bedeute", so muß dieser Vorwurf gegen die Vertragstheorie nach dem oben Gesagten — womöglich mit rückwirkender Kraft — energisch zurückgewiesen werden.

Die Deutung des § 465 nach der Restitutionstheorie allein ist also ausgeschlossen, wenn ihm auch mittelbar dieser Inhalt nicht abgesprochen werden kann. Der zweiten Kommission kam es nur darauf an, den Wandelungsanspruch als Anspruch auf Vertragsschluß in diesem Paragraphen zu normieren.

---

[71]) a. a. O. S. 532.
[72]) Prot. S. 710.
[73]) a. a. O. S. 539.
[74]) Haymann a. a. O. S. 539.

Wenn sonst in den Protokollen viel von einer Wahl zwischen Wandelung und Minderung gesprochen wurde, so kommt das daher, daß man sich eben ursprünglich der Tragweite der neuen Konstruktion: als Anspruch auf Vertragsschluß nicht bewußt war. Auch müßte es „trivial" gefunden werden,[75]) wenn das Gesetz ausdrücklich einen Paragraphen statuieren würde, um zu bestimmen, daß durch einen Vertragsschluß der Offerent endgültig an seine Offerte gebunden wird, da sich dieses ja schon von selbst aus den allgemeinen Grundsätzen über Vertragsschlüsse ergibt. — Der § 465 bestimmt also deutlich, daß der Wandelungsanspruch gerichtet ist auf einen Vertragsschluß zwecks Aufhebung des Kaufs, aus dem dann die obligatorischen Verpflichtungen der Parteien entstehen. Nebenbei, aber nicht als alleinigen und Hauptgedanken gibt er auch den Endpunkt für das jus variandi des Käufers an.

Wie steht es nun mit dem weiteren Schlusse Haymann's[76]): der Gesetzgeber habe ausdrücklich die Worte „Rückgängigmachung" statt „Aufhebung" gewählt, um damit die tatsächliche Aufhebung der Vertragswirkungen zu kennzeichnen?

Dies ist eine Frage der subjektiven Entscheidung, da man unter „Rückgängigmachung" des Kaufes sowohl eine tatsächliche Aufhebung der Vertragswirkungen als auch bloß die Aufhebung des Vertrages verstehen kann. Der Sprachgebrauch ist hier so dehnbar, daß man aus der Wahl dieses Wortes weder ein Argument für noch gegen die Vertragstheorie ziehen könnte.[77])

Allein selbst die gegnerische Interpretation zugelassen, könnten unter Rückgängigmachung der

---

[75]) Vgl. Eccius a. a. O. S. 325.

[76]) a. a. O. S. 538. — Ebenso: Eccius a. a. O. S. 319.

[77]) Ebenso: Langheineken S. 220 a. a. O.

„Leistungen“ doch alle die Fälle nicht getroffen werden, wo von der einen Seite noch nicht oder noch nicht vollständig geleistet ist.[78])

Man kann sogar einen Schritt weiter gehen, um das Fehlen des Wortes „Aufhebung“ zu erklären. So sagt Schroeder,[79]) der sich auf Endemann[80]) stützt: „Aufhebung tritt als Folge einseitiger Willenserklärung nach dem Sprachgebrauch des Gesetzes ein; wie aus dem ganzen Zusammenhang der Regeln folgt und allerseits anerkannt wird, sollte eine einseitige Erklärung des Käufers nicht genügen. Jeglicher darauf auch nur leise hindeutender Ausdruck mußte schon zur Vorbeugung von Mißverständnissen strengstens vermieden werden.“ Ebenso beweist derselbe Autor,[81]) daß Rückgängigmachung nur im Sinne von Aufhebung des Vertrags durch übereinstimmende Willenserklärung gedeutet werden und damit die Fassung des Entwurfs I ohne Bedenken beibehalten werden konnte, wie es sich schon aus der Zusammenstellung des Wortes „Rückgängigmachung“ mit der Wendung „Herabsetzung“ in demselben Paragraphen ergebe.[82])

Mit Recht zieht daher Schroeder[83]) den Schluß, daß die Vertreter der Restitutionstheorie dem Gesetzgeber einen merkwürdigen Gedankenfehler zumuten, daß er „bei Festlegung der Wandelungsstruktur“ von einem ganz anderen „Bilde“ ausgegangen sei, als bei der Konstruktion der Minderung. Damit ist genügend klargelegt, daß die gegnerische Meinung aus der Wahl der Worte für ihre Ansicht kein Kapital schlagen können wird, sondern daß diese Worte eher im Sinne der Vertragstheorie Verwendung finden dürften.

---

[78]) Oertmann: „das Recht“ a. a. O. S. 6.
[79]) a. a. O. S. 31.
[80]) a. a. O. § 161 Note 36a.
[81]) Schroeder a. a. O. S. 31 ff.
[82]) Ebenso Oertmann: „das Recht“ a. a. O. S. 6.
[83]) a. a. O. S. 32.

b) Interpretation einzelner Bestimmungen aus der Wandelungsmaterie.

Aber auch durch Verweis auf andere Gesetzesstellen aus der Wandelungsmaterie suchen die Gegner die Unhaltbarkeit der Vertragstheorie nachzuweisen, da sie sich mit eklatanten Widersprüchen verwickele.

aa) § 466.

So führen sie zunächst den § 466 ins Feld: „Behauptet der Käufer dem Verkäufer gegenüber einen Mangel der Sache, so kann der Verkäufer ihn unter dem Erbieten zur Wandelung und unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung darüber auffordern, ob er Wandelung verlange. Die Wandelung kann in diesem Falle nur bis zum Ablaufe der Frist verlangt werden".

Käme der § 465 allein für den Vollzug der Wandelung in Betracht, wie könne da die Vertragstheorie es mit ihrer Lehre vereinen, daß § 466 auch von einem Vollzuge handelt, wo der Vertrag im Gegensatze zu § 465 durch die Erklärung des Käufers zustande käme?[84])

Mag man nun in dem „Erbieten des Verkäufers" eine Offerte oder nur die Aufforderung zu einer Offerte sehen, der springende Punkt bleibt doch stets der, daß eine vertragliche Einigung vorliegt; von wem hierzu die Anregung ausgeht, ist gleichgültig, essential ist nur das Medium eines Vertragsschlusses, durch den der aus § 462 resultierende Wandelungsanspruch zur Realisierung kommt. Der Vertragsschluß, nicht eine festgeregelte Stellung des Käufers und Verkäufers als Antragssteller und Antragsannehmer bilden den Kernpunkt der hier vertretenen Theorie.[85])

[84]) Eccius a. a. O. S. 327, Lobe a. a. O. S. 108, 117, Staub a. a. O. S. 1359, Anm. 46, Thiele a. a. O. S. 412, 413, Biermann a. a O. S. 327, Müller a. a. O. S. 55.

[85]) Einen zweiten Fall, daß der Vertragsschluß durch Einwilligung des Käufers zustande kommt, bietet § 469 S. 2.

Übrigens verhehlen sich auch bedeutende Anhänger der Restitutionstheorie nicht, daß dieses Argument nur eine sehr stumpfe und unbrauchbare Waffe gegen die Vertragstheorie bedeutet, und geben dieser Ansicht auch offen Ausdruck.[86])

bb) § 478.

Als weiteren Beleg für die Behauptung, daß § 465 nicht von dem einzigen Vollzuge der Wandelung handele, führen die Gegner den § 478 an: „Hat der Käufer den Mangel dem Verkäufer angezeigt . . ., bevor der Anspruch auf Wandelung . . . verjährt war, so kann er auch nach der Vollendung der Verjährung die Zahlung des Kaufpreises insoweit verweigern, als er auf Grund der Wandelung . . . dazu berechtigt sein würde."

Aus dem Inhalte dieses Paragraphen kommt Staudinger-Kober[87]) zu folgendem Schluß: „Der Käufer macht mit der Wandelungseinrede zugleich das Recht auf Wandelung geltend, ohne daß es also eines Vertragsschlusses bedarf."[88]) Der Gedankengang der Gegner ist kurz folgender: In dem Verweigern der Zahlung des Kaufpreises liegt offenbar die Einrede der Wandelung. Wenn der Käufer die Einrede nach der Vollendung der Verjährung hat, so hat er sie auch vor der Verjährung seiner Ansprüche, wie es sich aus dem „auch" des § 478 ergibt.[89]) Die Protokolle

[86]) Haymann a. a. O. S. 543, Langheineken a. a. O. S. 219, Staudinger-Kober a. a. O. z. § 462 IV.

[87]) Staudinger-Kober z. § 462 IV.

[88]) Staub a. a. O. S. 1359 Anm. 46, Matthiass D. J. Z. 1902 S. 208, Haymann a. a. O. S. 544, Biermann a. a. O. S. 327 ff., Eccius a. a. O. S. 321 ff., Lobe a. a. O. S. 115, Müller a. a. O. S. 54, übrigens auch Windscheid-Kipp a. a. O. S. 656.

[89]) Ebenso auch Planck z. § 478 Z. 2 S. 368 u. Staffel a. a. O. S. 673, Kloss a. a. O. S. 309 vergl. auch vorige Anm. A. A. mit Unrecht Flechtheim a. a. O. S. 85, da die Billigkeitsrücksichten der Wandelungseinrede sich nicht auf deren Erschaffung sondern Verlängerung über die Verjährung des Anspruchs hinaus beziehen.

sprechen wiederholt von der Perpetuierung der Einrede. Folglich handelt es sich um eine Einrede, die dem Käufer sogleich mit Entstehung seiner Ansprüche zusteht. Nach der Vertragstheorie sei dieses ausgeschlossen, denn da der Anspruch dort auf Einwilligung in einen Aufhebungsvertrag gehe, könne von einem Anspruch auf Rückgewähr des bezahlten oder Verweigerung des nichtgezahlten Kaufgeldes überhaupt nicht die Rede sein. Der Käufer habe also nur einen Anspruch auf Abschluß eines Vertrages. Er könne also die diesem Anspruch entsprechende Einrede nur geltend machen, wenn der Verkäufer sich freiwillig mit der verlangten Wandelung einverstanden erklärt habe. Tut der Verkäufer dieses nicht, so stehe dem Käufer nur der Weg der Widerklage offen. Dieser Wandelungsanspruch kann also durch Einrede nach der Vertragstheorie überhaupt nicht zur Durchführung gelangen. „Ein Recht des Käufers, ohne vorgängigen Vertragsschluß die Zahlung des Kaufpreises ganz oder teilweise zu verweigern, läßt sich auf Grund der Vertragstheorie nicht konstruieren.“ [90])

Es ist nun von Neumann [91]) der Versuch gemacht worden, die Existenz einer Wandelungseinrede überhaupt zu leugnen und das Verweigerungsrecht lediglich auf ein Zurückbehaltungsrecht des Käufers zu gründen. Doch ist diese Behauptung in ihren unpraktischen und seltsamen Konsequenzen von Eccius [92]) schon so treffend widerlegt, daß von einem näheren Eingehen hier wohl abgesehen werden kann.

Auch der Versuch Flechtheims [93]) die Wandelungseinrede unter den Voraussetzungen einer Chikaneeinrede entstehen zu lassen, ist meines Erachtens nicht gelungen. Denn daß der Verkäufer, der im

[90]) Biermann a. a. O. S. 32[9].
[91]) z. § 462 II. 1 b.
[92]) a. a. O. S. 322.
[93]) a. a. O. S. 86 ff.

guten Glauben an sein Recht vielleicht den Kaufpreis einfordert, „nur den Zweck“ verfolgen kann, den Käufer zu schädigen, ist doch wohl etwas gekünstelt und auf die Spitze getrieben. [94])

Trotzdem muß die Behauptung der Gegner, daß die Wandelungseinrede einen Vollzug der Wandelung darstelle und demgemäß ihre Theorie im Gesetze hierdurch unterstützt und zwingend normiert werde, meines Erachtens energisch abgelehnt werden.

„Die Einrede, wie sie vom B. G. B. übernommen ist, hat nur passive Wirkung, bloße defensive Funktion. Sie kann kein Recht realisieren, sondern nur ein anderes Recht paralysieren, sie stellt sich dar als das Recht, eine geschuldete Leistung zu verweigern.“ [95])

Aus der Natur [96]) der „allgemeinen“ [97]) Einrede ergibt sich, daß sie aktiv nie Wirkungen äußern kann, dies liegt außerhalb ihres Machtbereichs. Sie bildet den ausgesprochenen Gegensatz zum Anspruch. Ist dessen Inhalt laut der gesetzlichen Definition (§ 194) „das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen,“ so ist sie die rechtlich begründete Negation dieses Rechtes. Das „Verweigern“ eines Anspruchs bildet ihren Kernpunkt. Hieraus erkennen wir, daß eine Einrede nie ein aktives Handeln in sich schließen kann, indem sie irgend ein Rechtsgeschäft zu Fall bringt, sondern sich stets auf die Defensive beschränken muß. Ja diese Defensive ist so deutlich, daß sie zur völligen Beseitigung eines Anspruchs der richterlichen Hülfe bedarf, die ihr aber direkt nach § 322 C. P. O. versagt ist. Hieraus folgt, daß eine Einrede nie die Vernichtung eines Geschäftes

---

[94]) Haymann a. a. O. S. 544, Werner a. a. O. S. 282 ff., Matthiass a. a. O. S. 208 a. E.

[95]) Flechtheim a. a. O. S. 84.

[96]) Vergl. auch Friedenthal a. a. O. S. 133.

[97]) Hier gebraucht im Gegensatz zur Wandelungseinrede.

erreichen wird wie z. B. die Wandelung selbst. Denn um diese Kraft zu äußern, müsste sie

1. sich auf das ganze Geschäft beziehen, was ausgeschlossen ist, da sie sich nur als „Verweigerung" eines Anspruches aus dem Geschäfte charakterisiert und

2. das ganze Geschäft aktiv zerstören, wozu ihre defensive Kraft nicht ausreicht.

Was hier nun über Einreden im allgemeinen gesagt ist, trifft auf die Wandelungseinrede vollständig zu. Folglich kann sie auch nicht einen Aufhebungsvertrag zustande bringen, d. h. die Wandelung realisieren, sondern sie kann nur den Anspruch des Verkäufers abschlagen. Die Annahme der Gegner der Vertragstheorie, daß durch § 478 ein weiterer Vollzug der Wandelung ohne Vertragsschluß stattfindet, erklärt sich also aus einer irrigen Voraussetzung, die auf einer — wie oben dargestellt — unzulässigen Gleichstellung von Anspruch und Einrede beruht. Mit diesem Paragraphen kann also der Vertragstheorie kein Vorwurf gemacht werden. Auch Langheineken [98]) sieht in der Wandelungseinrede kein Argument gegen die Vertragstheorie.

cc) § 480.

Einen wichtigen Stützpunkt für ihre Lehre glauben die Vertreter der Restitutionstheorie auch in dem § 480 Abs. 1 gefunden zu haben. [99]) „Der Käufer einer nur der Gattung nach bestimmten Sache kann statt der Wandelung . . . . verlangen, daß ihm an Stelle der mangelhaften Sache eine mangelfreie geliefert wird. Auf diesen Anspruch finden die für die Wandelung geltenden Vorschriften der §§ 464—466 . .

---

[98]) a. a. O. S. 219, 220, vergl. auch Staffel a. a. O. S. 673 ff.

[99]) Staudinger-Kober z. § 462 IV, Haymann („der schlagendste Beweis") a. a. O. S. 541, 545, Langheineken a. a. O. S. 219, Staub a. a. O. S. 1359, 1360, Anm. 46, Biermann a. a. O. S. 337, Müller a. a. O. S. 53, 54.

entsprechende Anwendung.“ Während also hier im Satz 1 ganz klar ausgedrückt ist, daß der Käufer den Anspruch auf Nachlieferung einer mangelfreien Sache hat, steht die entsprechende Anwendung des § 465 im § 480 Satz 2 erwähnt. Aus seiner Mitaufzählung ergebe sich mit unumstößlicher Sicherheit, daß der § 467 nur im Sinne der Restitutionstheorie gedeutet werden könne, daß er dagegen im unlöslichen Widerspruch stände zu § 480 Satz 1, wenn man ihn im Sinne der Vertragstheorie auslege. „Daß Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache nur der Anspruch auf Abschluß eines Lieferungs- oder genauer Umtauschsvertrags bedeute, das ist sprachlich doch wohl ausgeschlossen.“ [100])

Fast möchte es scheinen, als wenn diese Vorwürfe berechtigt wären und sie zu einer „argen Diskreditierung der Vertragstheorie“ [101]) führten. Doch sind diese mißlichen Konsequenzen sehr leicht zu vermeiden und damit das Prestige der Vertragstheorie wieder herzustellen, wenn man sich genau den Gesetzestext ansieht. Hier heißt es ja ausdrücklich, „die Vorschriften . . . finden entsprechende“ Anwendung. Entsprechend nicht wörtlich. Hier muß der Hebel angesetzt werden. Wäre die Vorschrift des § 465 auf § 480 wörtlich übertragbar, so hätten die Gegner Recht. Denn nach der Vertragstheorie will § 465 als seine Hauptbestimmung den Abschluß eines Aufhebungsvertrages, während die andere Partei ihm lediglich eine Normierung der Vollziehung der Wahl zuschreibt. Doch wie oben ausgeführt hat ja § 465 nach der Vertragstheorie mittelbar auch den letzteren Inhalt; wenn er direkt aus den angegebenen Gründen, die auf seiner Entstehungsgeschichte und

---

[100]) Haymann a. a. O. S. 541, Staub a. a. O. S. 1360: „Welche Gewalt tut man den Gesetzesworten an, wenn man unsern Standpunkt verwirft.“

[101]) Oertmann: das Recht 1904 Nr. 1 S. 6.

der logischen und grammatischen Interpretation fußen, nur einen Aufhebungsvertragsschluß in sich birgt, so kann und ist ihm auch niemals ein indirekter Vollzug der Wahl, als in dem Aufhebungsvertrag enthalten, abgesprochen. Dieser Wahlvollzug bildet also den Nebeninhalt des § 465. Da nun § 480 „entsprechende" Anwendung des § 465 verlangt, liegt nichts im Wege, warum man sich lediglich an den Hauptinhalt klammern, sondern nicht vielmehr den Nebeninhalt, den Wahlvollzug, auch einmal zur Anwendung bringen soll, da ja ohne weiteres das Wort „entsprechend" einer freieren Auslegung Bahn bricht. Denn bei der Auffassung des Wandelungsanspruchs als Anspruch auf Vertragsschluß tritt ja durch diesen Vertragsschluß schon von selbst eine Konzentration des Wahlrechts ein. „Wie der Käufer einer Speziessache sein Wahlrecht dadurch verliert, daß der Verkäufer auf das Wandelungs- oder Minderungsbegehren eingeht, so tritt auch beim Gattungskaufe ein entsprechendes Ergebnis dadurch ein, daß der Verkäufer diejenigen seiner drei alternativen Verpflichtungen, auf die der Käufer sein Begehren gerichtet hat, erfüllt — also je nachdem durch Einwilligung in das Wandelungsbegehren, in das Minderungsbegehren, Vornahme der Nachlieferung (nicht die nach Satz 1 unnötige Einwilligung in die letztere)." [102])

dd) § 479.

Ein weiteres Argument gegen die hier vertretene Ansicht glaubt man in § 479 gefunden zu haben: „Der Anspruch auf Schadensersatz kann nach Vollendung der Verjährung nur aufgerechnet werden, wenn der Käufer vorher eine der im § 478 bezeichneten Handlungen vorgenommen hat."

---

[102]) Oertmann: das Recht 1904 S. 6. Ebenso Planck z. § 480 N. 3 b.

Nun wird der Vertragstheorie der Vorwurf gemacht, daß nach ihr der Wandelungsanspruch inkompensabel sei, da er ja auf einen Vertragsschluss hinziele, während bei der eigenen rechtlichen Konstruktion, die bekanntlich einen Anspruch auf Rückgewähr zu Grunde hätte, diese Schwierigkeiten fortfielen. [103])

Betrachten wir die gegnerische Behauptung einmal näher, so kommen wir zu folgendem Resultat: Im § 479 ist der Wandelungsanspruch nicht aufgeführt. Will man die Ansicht der Restitutionstheorie vertreten, so muß man aus diesem Fehlen folgerichtig die Anwendbarkeit des § 390 Satz 2 für ihn schließen, er würde also auch ohne rechtzeitige Anzeige des Mangels zur Aufrechnung geeignet sein. Hier ergibt sich aber ein seltsamer und unlöslicher Widerspruch mit § 479. Denn wo ihrer Natur nach der Anspruch auf Schadensersatz vor dem Wandelungsanspruch privilegiert werden sollte, wovon man „im Interesse der Einfachheit des Gesetzes absah", [104]) wäre hier gerade das Verhältnis auf den Kopf gestellt, es hätte die umgekehrte Bevorzugung stattgefunden. „Und welch' innerer unmöglicher Widerspruch zwischen § 478 und § 479 B. G. B.!" [105]) Denn aus den Konsequenzen der Restitutionstheorie ergibt sich, daß die Wandelungseinrede nur gegen konnexe Forderungen anwendbar und von rechtzeitiger Anzeige abhängig ist, während der Wandelungsanspruch auch gegen inkonnexe Forderungen ohne vorherige Anzeige unbeschränkt zugelassen wird.

Diese innere und praktische Unmöglichkeit und den daraus resultierenden Widerspruch hat Haymann [106])

[103]) Lobe a. a. O. S. 110, Eccius a. a. O. S. 329 ff., Werner a. a. O. S. 283, Langheineken a. a. O. S. 219, Müller a. a. O. S. 52 ff.

[104]) Prot. II S. 1415.

[105]) Flechtheim D. J. Z. 1902 S. 320.

[106]) a. a. O. S. 546.

dadurch zu umgehen gewußt, daß er aus positiven Bestimmungen des Gesetzes die Kompensabilität des Wandelungsanspruches herzuleiten versucht. § 639 Satz 1 führt für die Verjährung der Ansprüche aus § 638, unter denen sich auch der Wandelungsanspruch befindet, die entsprechende Anwendnng der §§ 477 Abs. 2, 3 478, 479 an. „Mit anderen Worten, der Anspruch auf Wandelung ist seiner Natur nach aufrechenbar.“ [107]) Allerdings hat Haymann, wenn er die Aufrechenbarkeit des Wandelungsanspruchs auf § 479 zurückführt, hiermit die vorhin bemängelten Widersprüche umgangen, da die Kompensabilität des Anspruchs dann auch von der rechtzeitigen Anzeige des § 478 abhängig ist; doch sprechen meines Erachtens zwei Gründe dagegen.

Denn einmal würde man dem Gesetze den Vorwurf einer liederlichen Redaktion machen müssen, wenn es im § 478 die Aufzählung des Wandelungsanspruches als kompensabel unterläßt und erst 160 Paragraphen später und indirekt die Aufrechenbarkeit des Anspruches andeutet, und dann finden die §§ 477 Abs. 2, 3 478 und 479 „entsprechende“ und nicht wörtliche Anwendung auf den Anspruch aus § 638. [108]) Hieraus kann man getrost schließen, daß für die entsprechende Anwendung nur die Ansprüche auf Beseitigung des Mangels und auf Schadensersatz in Frage kommen. [109])

Nun ergibt sich aber aus der Vertragskonstruktion des Wandelungsanspruches, daß dieser stets auf Abschluß eines Aufhebungsvertrages geht, daß eine Aufrechenbarkeit nach § 478 mit ihm also vor diesem Vertragsabschluß unmöglich ist, da er ja dann noch gar nicht existent ist. Von diesem Gesichtspunkte

---

[107]) Haymann a. a. O. S 546, ebenso Staudinger-Kober z. § 462 IV.

[108]) Wie früher ähnlich dargetan bei Besprechung des § 480.

[109]) Vergl. Kaulbach a. a. O. S. 15 Anm. I.

ist auch das Fehlen des Wandelungsanspruchs im § 479 leicht zu erklären, da der Gesetzgeber sich bewußt sein mußte, daß die Schaffung eines kompensablen Wandelungsanspruches nach den Voraussetzungen des § 478 sich in völligen Widerstreit mit der gewählten Konstruktion begeben würde. Aus diesem Paragraphen folgt also eine wichtige Stütze für die Vertragstheorie.[110])

c) Die allgemeinen Vertragsgrundsätze.

Abgesehen von den Bestimmungen des Gesetzes die die Wandelungsmaterie normieren, suchen die Gegner auch darzutun, daß die allgemeinen Vorschriften über Vertragsschluß im Gegensatze zu der rechtlichen Gestaltung des Wandelungsanspruches, wie sie die Vertragstheorie ihm gäbe, ständen.

Hauptsächlich Lobe[111]) hat diese Widersprüche aufzudecken versucht. Von diesen Vorwürfen soll nur der wichtigste, aus § 147 resultierende behandelt werden. Wenn nämlich der Wandelungsanspruch des Käufers auf Vertragsschluß ginge, so sei der Käufer auch an seine Offerte gebunden[112]) gemäß § 145 ff. Diese Folge wollen denn auch einige Vertreter der Vertragstheorie gelten lassen.[113]) Bestimmend sind für sie die Protokolle,[114]) die betonen, daß „die Anwen-

---

[110]) Vergl. Flechtheim D. J. Z. 1902 S. 320, a. A. Thiele a. a. O. S. 428 ff., der das Fehlen des Wandelungsanspruches in § 479 daraus erklärt, daß ja der Wandelungsanspruch bei nicht bezahltem Kaufpreise die Aufrechnung ausschließe.

Analog wollen den § 479 auf den Anspruch des Käufers auf Rückzahlung ausdehnen Enneccerus-Lehmann Bd. 1 S. 611 Anm. 2, Langheineken a. a. O. S. 242, Planck z. § 479 Z. II.

[111]) a. a. O. S. 108 ff.

[112]) Grabner in Gruchot Bd. 50 S. 255 ff., Haymann a. a. O. S. 544.

[113]) Oertmann z. § 465 S. 191.

[114]) Prot. S. 710.

dung der allgemeinen Grundsätze zu angemessenen Ergebnissen führen.“ Gegen diese Auffassung wendet sich jedoch mit Recht Planck[115]): „Nach der Vertragstheorie liegt in dem Verlangen der Wandelung stets ein Antrag auf Schließung des Wandelungsvertrags, für den jedoch daraus, daß der Käufer einen Anspruch auf Vollziehung der Wandelung hat, eine Abweichung von den allgemeinen Vorschriften über den Vertragsantrag (§§ 146 ff.) insofern zu folgern sein wird, als dieser Antrag in Ermangelung einer anderweitigen Bestimmung des Käufers einerseits, solange ihn dieser nicht widerrufen hat, von dem Verkäufer noch angenommen, andererseits, solange er nicht angenommen, vom Käufer jederzeit widerrufen werden kann.“

Dernburg[116]) leitet die Unanwendbarkeit der §§ 146 ff. aus dem Unterschiede des freiwilligen Vertrages, von dem diese Paragraphen handeln, und dem gesetzlich notwendigen Vertrage (§ 465) her.[117]) Auch die Protokolle[118]) statuieren die Möglichkeit des Widerrufs für den Lauf dieser Frist, da sehr leicht Umstände eintreten können, die dem Käufer die Minderung vorteilhafter erscheinen lassen als die Wandelung z. B. beim Konkurs des Verkäufers.

Schließlich hat noch Oertmann[119]) diesen Einwurf der Gegner widerlegt. Der § 147 habe nur dispositive Bedeutung, wie ein Blick auf § 148 dies lehrt. Ferner sei der Wandelungsanspruch eine Offerte von besonderer Art: „Der Käufer übe damit ein ihm bereits zustehendes Recht aus, und es ist nicht anzunehmen, daß er diese seine Rechtsausübung nur bis

---

[115]) Z. § 465 2a.

[116]) a. a. O. § 186 V. S. 59.

[117]) Windscheid-Kipp begründet dieses noch aus § 466. (§ 395 S. 659 ff.) Ebenso Crome a. a. O. S. 462.

[118]) Prot. S. 711.

[119]) Das Recht: 1904 Nr. 1, S. 4.

zur widerspruchslosen Pflichterfüllung des Gegners, als welche sich die Annahme der Offerte darstellt, gelten lassen wolle. Die Wandelungsofferte ist bis zur Annahme widerruflich; das ergibt sich schon mit Sicherheit aus § 465 in Verbindung mit § 462 B. G. B.“ [120])

Hiermit ist also wohl genügend nachgewiesen, daß die Unanwendbarkeit der §§ 146 ff. auf § 465 nicht auf Konstruktionsfehler der Vertragstheorie zurückzuführen ist.

Zum Schluß sei noch darauf aufmerksam gemacht, daß wie das Gesetz scharf scheidet, das Recht zurückzutreten (§§ 350—353) von dem Rechte aus erfolgtem Rücktritte (§§ 346—348), so auch das Recht auf Wandelung von dem Rechte aus der Wandelung streng getrennt werden muß, da § 467 die Bestimmung des Rücktrittrechts anwenden will.[121]) Diese Zweiteilung ist aber nur von dem Standpunkte der Vertragstheorie aus erklärlich, während die Restitutionstheorie, da es für sie nur ein Recht auf die Folgen der Wandelung gibt, sich mit dieser ausdrücklichen Bestimmung in krassen Widerspruch setzt.

Haymanns [122]) Behauptung, das Recht auf Wandelung entspreche dem Rechte nach erfolgtem Rücktritt, entbehrt meines Erachtens jeglichen Beweises.

Im § 467 ist der § 349 nicht erwähnt, der den Rücktritt durch einseitige Erklärung gegenüber dem anderen Teile erfolgen läßt. Durch ein argumentum e contrario läßt sich daher die Vertragskonstruktion des Wandelungsanspruches folgern.[123])

---

[120]) Auch Matthiass D. J. Z. 1902 S. 206 sieht hierin kein Argument gegen die Vertragstheorie, da das Gesetz „mit Bedacht die Regeln des Vertragsschlusses durch eine Ausnahme durchbrochen haben könne, wie dieses ja auch durch Parteiwillen geschehen könne.“

[121]) Vergl. namentlich Kloss a. a. O. S. 287, 288.

[122]) a. a. O. S. 540.

[123]) Vergl. Kloss a. a. O. S. 287 ff., R. G. E. Bd. 59 S. 98.

Hinreichend dürfte damit nachgewiesen sein, daß die Argumente, die die Vertreter der Restitutionstheorie gegen die Vertragstheorie aus der Entstehungsgeschichte der §§ 462, 465, aus der logischen und grammatischen Interpretation der für die Wandelung einschlägigen Paragraphen und aus den allgemeinen Vorschriften für Vertragsschlüsse herleiten, nicht nur nicht diese Theorie zu Fall bringen können, sondern sie teilweise sogar noch stützen, während die zum Schluß behandelten Punkte sogar deutlich für die hier vertretene Ansicht sprechen.

d) Die praktischen Konsequenzen.

Nicht zu dem gleichen glatten Resultate werden wir gelangen, wenn wir die praktischen Konsequenzen dieser beiden Theorieen mit einander vergleichen, worauf gerade die Gegner ein großes Gewicht legen, wenn auch manches wohl übertrieben ist.

aa) Anstrengung zweier Prozesse.

Der stärkste Vorwurf wird der Vertragstheorie bezüglich der prozessualen Durchführung des Wandelungsanspruches gemacht. Denn da nach dieser Konstruktion der Wandelungsanspruch auf Einwilligung in einen Aufhebungsvertrag geht, aus dem erst in zweiter Linie die obligatorischen Verpflichtungen geltend gemacht werden können, müßte der klagende Käufer zunächst auf Einwilligung des Verkäufers in diesen Vertragsschluß klagen. § 894 C. P. O. ersetze zwar durch richterliches Urteil diese Erklärung, doch gelte sie nach § 894 erst als abgegeben mit der Rechtskraft des Urteils. Erst nach dieser Rechtskraft des Urteils könnten die Folgen aus der so vollzogenen Wandelung geltend gemacht werden. Dies bedeute aber, abgesehen von der leicht möglichen Prozeßverschleppung, indem der Rechtsstreit über die Einwilligungserklärung vielleicht durch mehrere Instanzen

ginge, den größten prozeßpolitischen Nonsens und gefährde bedeutend die Interessen des Käufers, der so gezwungen sei, zwei Prozesse anzustrengen. Um diese Schwierigkeiten zu beseitigen, wollen nun alle Vertreter der Vertragstheorie eine Verbindung dieser beiden Ansprüche in einer Klage zulassen,[124]) sei es, daß diese Verbindung ausdrücklich in der Klage so gestellt oder daß in der Erhebung der Klage auf Rückzahlung gleichzeitig die Klage auf Einwilligung angenommen wird. Auch die Protokolle[125]) lassen eine Verbindung der Klage als „selbstverständlich" zu.

Gerade dieses „selbstverständlich" hat unter den Vertretern der Restitutionstheorie die größte Aufregung hervorgerufen, und mit Recht, denn damit wäre das Mittelglied eines Vertragsschlusses ja geradezu illusorisch gemacht.[126]) Hauptsächlich Eccius[127]) wendet sich mit scharfen Worten gegen eine solche Klagenkumulation. „Die klageweise Geltendmachung von Rechten aus einem Vertragsschluß, bevor der Vertrag geschlossen ist, widerspricht sich selbst. Es gibt keine Klage auf Leistungen, die unter der Be-

---

[124]) Vergl. namentlich Planck z. § 465 2a, § 462 3a S. 369, Oertmann z. § 462 3a, Endemann a. a. O. § 161 S. 995 Anm 37, Windscheid-Kipp a. a. O. S. 657, der auf seine Kieler Festgabe für Ihering 1892 S. 61 ff., verweist, Dernburg a. a. O. S. 58, Landsberg a. a. O. S. 430, Leske a. a. O. S. 199, Flechtheim a. a. O. S. 73—78, Türcke, Niedenführ, Winter z. § 462 Z. 1 S. 486, 487, Kloss a. a. O. S. 290, Kohler a. a. O. S. 288, Rspr. d. O. L. G. Bd. IV. S. 35 ff.; sogar von den Gegnern: Neumann z. § 462 II 1a, und Thiele a. a. O. S. 410, 411.

Crome a. a. O. S. 460 versteht hierunter Antrag auf Feststellung des Wandelungsrechts und Rückgabe des Kaufpreises gegen Empfang der Kaufsache.

[125]) Prot. S. 6-0.

[126]) Eccius a. a. O. S. 318 ff., Matthiass D. J. Z. S. 206, Lobe a. a. O. S. 112, Biermann a. a. O. S. 332, Haymann a. a. O. S. 513 ff., Langheineken a. a. O. S. 216, Müller S. 51 ff.

[127]) a. a. O. S. 319 ff.

dingung angestellt wird, daß der Verklagte einen Vertrag schließen würde, und ebenso wenig kann unter der Bedingung, daß der Verklagte zu einem Vertragsschluß in demselben Rechtsstreit werde verurteilt werden, schon jetzt auf eine erst nach dem Vertragsschluß zu beanspruchende Leistung geklagt werden. Ein Anspruch, dessen Nativität erst hinter der Rechtskraft eines im Prozeß erbetenen Urteils liegt, ist notwendig, solange der Prozeß dauert, actio nondum nata."

Trotzdem hat man verschieden die Verbindung der Ansprüche begründen wollen. Es sollen hier nun zunächst einige Vorschläge der Vertreter der Vertragstheorie angeführt und dann eine eigene Begründung einer Klagenkumulation versucht werden. Zunächst sucht man unter Verweis auf § 259 C. P. O. die Verbindung der Ansprüche zu rechtfertigen. Dieser Gedanke ist von Kuhlenbeck[128]) zuerst angeregt und von Kloss[129]) und Dernburg[130]) übernommen. Nach dieser Ansicht ist die Besorgnis stets gerechtfertigt, daß der Verkäufer, der sich einmal geweigert hat, freiwillig den Wandelungsvertrag einzugehen und so den Rechtsgrund für die spätere Verpflichtung zur Rückerstattung zu schaffen, dies auch nach der Verurteilung tun wird. Denn wie die Motive[131]) zu § 259 ausdrücklich hervorheben, liegt jene Voraussetzung immer schon dann vor, wenn der Schuldner seine Verbindlichkeit, schon bevor sie fällig ist, ausdrücklich bestreitet.[132])

---

[128]) „Pand. bis G. B. G." S. 260, K. hat seine Ansicht jetzt aufgegeben (Komm. 1903 zu § 462 u. 465).

[129]) Kloss a. a. O. S. 290, der hier den Boden für die Billigung von Reichsgewohnheitsrecht gegeben sehen will.

[130]) Dernburg a. a. O. S. 58 Anm. 12, Herbst a. a. O, S. 442, Kohler a. a. O. S. 289.

[131]) Mot. S. 146.

[132]) Thiele a. a. O. S. 411.

Der gegnerische Einwand,[133]) diese Besorgnis könne nicht vorliegen, da ein Leistungsanspruch gegen den Verkäufer noch garnicht bestände und er deshalb auch noch keinen Anlaß zur Besorgnis geben könne, ist nicht zu billigen.

Denn meines Erachtens ist der Anspruch auf Vertragsschluß und der Anspruch aus diesem so eng verquickt, daß man in der Verweigerung dieses Vertragsschlusses auch die Verweigerung der Realisierung seiner Folgen als „den Umständen nach" begründet erblicken kann.

Kipps[134]) Beweismethode, daß er aus drei Einzelbestimmungen des römischen Rechts eine Klagenkumulation herzuleiten sucht, scheitert schon an Haymanns[135]) Begründung, daß nicht mit Hülfe eines Satzes des römischen Civilrechtes die prozessuale Verbindung des modernrechtlichen Anspruches auf Abschluß und Durchführung des Wandelungsvertrages begründet werden kann.

Bestechender wirken die Ausführungen Flechtheims,[136]) der sich im bewußten Gegensatz zu den von Eccius[137]) aufgestellten Regeln ausläßt. „Nicht die Klage ist bedingt angestellt, sondern der Anspruch ist ein bedingter. Die Begründetheit des ersten Klageantrags ist präjudiziell für den Zweiten. Der Eintritt der Wandelung ist die condicio juris für den Anspruch auf Rückgewähr. Diese condicio sei erfüllt mit Rechtskraft des § 894 C. P. O. Nicht hinter sondern in der Rechtskraft liege die Nativität des Anspruchs.

[133]) Lobe a. a. O. S. 112, Haymann a. a. O. S. 516 ff., Biermann a. a. O. S. 333 ff., Langheineken a. a. O. S. 217 ff.

[134]) Windscheid-Kipp a. a. O. S. 657 u. Kipp „die Verurteilung zur Abgabe von Willenserklärungen" S. 61, 62. Ihm schließt sich inhaltlich an Hellwig a. a. O. S. 382, 383 Anm. 5.

[135]) a. a. O. S. 513.

[136]) a. a. O. S. 73 ff.

[137]) a. a. O. S. 320.

Da nun erst das rechtskräftige Urteil die Bedeutung eines maßgeblichen autoritativen Anspruchs hat, der Richter also in diesem Momente judizierend gedacht wird, so steht nichts im Wege, daß der Richter in einem Atem verurteilt, damit Rechtswirkungen schafft und auf Grund dieser Rechtswirkungen eine weitere Verurteilung folgen läßt. Alle dem rechtskräftigen Urteile vorangehenden Prozeßakte sind als Vorbereitung, aber nicht als Richterspruch aufzufassen."

Gegen diese Auffassung haben sich schon eingehend Haymann [138]) und Biermann [139]) gewandt. Treffend macht auch Matthiass [140]) dieser Deduktion den Vorwurf, daß sie garnicht die Berechtigung der Klagenkumulation nachweist, sondern diese schon immer in seinen Ausführungen voraussetzt.

Zu einem praktisch annehmbaren Ergebnis würde man meines Erachtens auch dann kommen, wenn man berücksichtigt, daß der Wandelungsvertrag ein Vertrag von besonderer Bedeutung ist, da er im Gegensatz zu den anderen Verträgen eine Pflicht des Verkäufers zu dem Vertragsschluß statuiert. Folglich hat der Käufer einen wohlberechtigten erzwingbaren Anspruch gegen den Verkäufer, während dieser nur Pflichten hat. Der Klagegrund ist folglich auch eine feststehende Behauptung des Käufers von der Notwendigkeit eines Vertragsschlusses im Gegensatz zu den anderen Verträgen, wo der Käufer nur gerne einen Vertrag abschließen will. Geht man von diesem Gesichtspunkte aus, so ist es meines Erachtens sehr wohl angebracht, eine Klagenverbindung zuzulassen, da der Leistungsanspruch auf einem dem Käufer zustehenden, wenn allerdings auch erst zu realisierenden Anspruche auf Vertragsschluß fußt, einem Anspruch, der gesetzlich gerechtfertigt gegen den Verkäufer

---

[138]) a. a. O. S. 519 ff.
[139]) a. a. O. S. 334 ff.
[140]) D. J. Z. 1902 S. 207.

besteht. Eccius [141]) geht meines Erachtens von einer falschen Basis aus, wenn er durch die Wendung „ebenso wenig“ die Konsequenzen von gewöhnlichen Verträgen auf diesen gesetzlich notwendigen und demnach anders gestalteten Wandelungsvertrag ausdehnen will.

Noch andere Begründungen [142]) für die Klagenkumulation sind zu bilden gesucht. Auf sie kann jedoch nicht näher eingegangen werden.

Wenn nun auch zugegeben werden muß, daß die Konstruktion des Wandelungsanspruchs, wie ihn die Restitutionstheorie gestaltet, zu einer unbestrittenen glatten Prozeßführung sich eignet, so kann man die Schwierigkeit der Vertragstheorie, die vielleicht in der Führung von zwei einzelnen Prozessen läge, wenn man genau der Vertragstheorie folgen würde, leicht durch eine solche Klagenverbindung umgehen, wie die vielen oben dargestellten mehr oder minder glücklichen Versuche bezeugen. Daß in der Praxis trotz Festhaltens an der Vertragstheorie auch eine Klagenkumulation stattfinden kann und wirklich auch stattfindet, beweist das Urteil des O. L. G. Marienwerder vom 5. Nov. 1901. [143]) „Es ist zulässig, daß in einem Rechtsstreit über das Verlangen des Käufers in die Wandelung zu willigen und über die Verwirklichung dieses Verlangens entschieden wird.“ Ja, wenn selbst ein solcher Antrag auf Einwilligung nicht gestellt wird, „ist er doch als stillschweigend gestellt zu erachten, weil der Beklagte diejenigen Folgen auszusprechen beantragte, die nur aus der erfolgten Wandelung sich ergeben können.“

Auch der Einwand, [144]) daß der Käufer weder durch prozeß- noch materiellrechtliche Mittel zu einer

[141]) a. a. O. S. 320.
[142]) Oertmann: das Recht 1904 S. 5.
[143]) Rechtsp. d. O. L. G. Bd. IV S. 35 ff.
[144]) Matthiass D. J. Z. 1902 S. 207.

Klagenverbindung genötigt werden könne, ist meines Erachtens unbedenklich.

Denn es ist doch kaum anzunehmen, daß der Käufer so gegen seinen eigenen Vorteil arbeiten wird, daß er der glatten leichten Erledigung durch einen Prozeß die Ungewißheit zweier Rechtsstreite vorziehen wird. Und käme dieses selbst vor, so böte die Durchführung des zweiten Prozesses auf Grund des ersten auch weiter keine Schwierigkeiten.

bb) Ausschluß der vorläufigen Vollstreckbarkeit.

Ein weiteres Bedenken stände der Verbindung der Klagen bezüglich der Frage der vorläufigen Vollstreckbarkeit entgegen.

Dieser Vorwurf hat zur Folge, daß die vorläufige Vollstreckbarkeit nicht nur von Gegnern, sondern auch Anhängern der Vertragstheorie verneint wird. [145])

Trotzdem ist meines Erachtens an der Ansicht festzuhalten, daß auch nach der Vertragstheorie eine vorläufige Vollstreckbarkeit zulässig ist. Vergl. hierzu namentlich die scharfsinnigen Ausführungen von Kipp, [146]) der mit Hülfe von § 895 C. P. O. dieses zu folgern sucht. Vergl. auch Planck: [147]) „Weder logisch noch prozessualisch dürfte es unzulässig sein, mit der Klage auf Wandelung die Klage auf Bewirkung der Leistung zu verbinden, zu welcher der Verkäufer durch die vollzogene Wandelung ver-

[145]) Matthiass a. a. O. S. 907, Biermann a. a. O. S. 336, Flechtheim a. a. O. S. 76, der dafür Arrest oder einstweilige Verfügung vorschlägt, Neumann z. § 462 II 1a, Eccius a. a. O. S. 332, Lobe a. a. O. S. 111, Werner a. a. O. S. 282, Oertmann z. § 462 3a, Langheineken a. a. O. S. 210, ten Hompel a. a. O. S. 211.

[146]) Kipp: Verurteilung zur Abgabe von Willenserklärungen und Rechtshandlungen 1892 S 115 ff. Windscheid-Kipp a. a. O. s. 656 ff.

[147]) z. § 462 Z. III.

pflichtet wird. Auch die vorläufige Vollstreckbarkeit des auf eine solche Klage ergehenden Urteils dürfte keinem begründeten Bedenken unterliegen."

cc) Gestaltung der Verjährung.

Zum Schluß seien noch einige nebensächliche Vorwürfe gegen die Vertragstheorie kurz erörtert. Einige behaupten, daß die kurze Verjährung auch auf die Ansprüche aus der vollzogenen Wandelung Anwendung finden müßte, während nach der Vertragstheorie die 30jährige Frist laufen würde.[148])

Dieser Anschauung wird mit Recht entgegengehalten, daß die kurze Verjährung in Wahrheit ja auch gar nicht für die Ansprüche aus der vollzogenen Wandelung gelte, sondern daß für den Rückgewähranspruch des Käufers die 30jährige Frist laufe.[149])

dd) Wandelung bei Grundstücken.

Eine weitere Unzuträglichkeit und Umständlichkeit der Vertragstheorie sieht man darin, daß ein Wandelungsvertrag bei einem Grundstückskaufe auch allen formalen Bedürfnissen genügen, also gemäß § 313 B. G. B. gerichtlich oder notariell beurkundet werden müsse.[150])

Meines Erachtens ist die Rückübertragung des Grundstückes gesetzliche Folge des Wandelungsvertrages,[151]) deshalb brauchen die Parteien dieses nicht noch extra bei der Vollziehung der Wandelung zu

---

[148]) Neumann a. a. O. § 477 II, Mathiass D. J. Z. 1902 S. 208. (6.) Müller a. a. O. S. 55.

[149]) Langheineken a. a. O. S. 220, Windscheid-Kipp a. a. O. S. 657, Staub z. § 377 S. 1371 Anm. 113, Planck z. § 477 Z. 1a, Oertmann z. § 477 Z. 7, Türcke, Niedenführ, Winter, § 477 Z. 2, Leske S. 203 N. 10; vergl. auch N. 169.

[150]) Eccius a. a. O. S. 328 Bd. 43 u. S. 531 Bd. 51, Matthiass D. J. Z. 1902 S. 208 (5.) ten Hompel a. a. O. S. 210.

[151]) Flechtheim a. a. O. S. 73 N. 14a; gleicher Ansicht auch Neumann z. § 465 Z. 3a.

regeln. „Dies folgt auch daraus, daß die Vollziehung der Wandelung wenn auch Schließung eines Vertrages, so doch nicht Schließung eines Vertrages der im § 313 bezeichneten Art ist.“ [152])

ee) Mangelnde Geschäftsfähigkeit des Verkäufers oder Unternehmers.

Schließlich müssen auch die von Matthiass [153]) gerügten Weiterungen, die nach der Vertragstheorie dadurch entständen, daß der Verkäufer beim Vertragsabschlusse nicht voll geschäftsfähig sei, abgelehnt werden, da diese keine Bedeutung haben und nur den Abschluß des Wandelungsvertrages mit dem gesetzlichen Vertreter des Verkäufers oder jenes Zustimmung hierzu erheischen.

Somit dürfte genügend nachgewiesen sein, daß auch die „mißlichen Konsequenzen“ der Vertragstheorie nicht so schlimm sind, daß man um ihretwillen eine Konstruktion des Wandelungsanspruchs ablehnen müßte, die sowohl im Gesetze deutlichen Ausdruck gefunden hat und deren Anwendung weder logisch noch praktisch größere Bedenken entgegen stehen.

§ 4.

III. Ausschluß des Wandelungsanspruches.

Hat das Gesetz schon durch die Neugestaltung des Wandelungsanspruchs als Anspruch auf Vertragsschluß dem übereilten Handeln des Käufers oder Bestellers energisch einen Riegel vorgeschoben, indem es die Wandelung nicht durch einseitige Erklärung wie bisher zur Vollziehung gelangen ließ, sondern erst durch die Willenseinigung, so schuf es auch neue Bestimmungen, die den Schutz des Verkäufers gegen einen chikanösen Käufer erweiterten. So hat das

---

[152]) Planck z. § 465. Z. 2a S. 374.
[153]) D. J. Z. 1902 S. 208 (4.)

Gesetz mit rechtspolitischer Klugheit Vorschriften aufgestellt, die die Sicherheit und Hebung eines regen Handelsverkehrs gewährleisten sollen. Zwar sind diese Normen alle dispositiver Natur und können durch Parteivereinbarungen beliebig abgeändert werden, doch bieten sie mangels solcher stets eine sichere Grundlage für die Beurteilung des strittigen Verhältnisses.

Schon früher ist dargelegt, daß beim Kaufe ein unerheblicher Mangel nicht in Betracht kommt, soweit es sich nur um gesetzliche Haftung handelt. Zwar findet er bei der vertraglichen Gewährleistung Beachtung, so daß seinetwegen schon allein Wandelung verlangt werden könnte, doch wird es auch hier stets quaestio facti sein, ob solch ein hartnäckiges Pochen auf ein bestehendes Recht nicht leicht nach Treu und Glauben zum Rechtsmißbrauch ausartet. Hier könnte ja der Verkäufer durch Nachbesserung den Mangel leicht heilen.[154])

Ebenso kann beim Werkvertrage, bei dem freilich der geringste Mangel rechtliche Beachtung findet, nur Nachbesserung nicht Wandelung verlangt werden.

Der Wandelungsanspruch schaltet nach § 460 Satz 1 auch dann aus, wenn der Käufer den Fehler bei Abschluß des Kaufes kennt. Selbst ein arglistiges Verschweigen des Verkäufers kann hieran nichts ändern. Es finden hier die alten deutschen Rechtsparömieen wieder mal Geltung: „Augen auf, Beutel zu!“ oder „Trau, schau, wem!“

---

[154]) J. W. Schr. 1900 S. 880, Crome a. a. O. S. 457, Mot. II S. 227, Prot. S. 697, Düringer-Hachenburg a. a. O. S. 131, Windscheid-Kipp a. a O. S. 654, Oertmann z § 462 Z. 5, Planck z. § 462 Anm. 4, Staudinger z. § 462 Z. 2a, Ehrlich a. a. O. S. 77.

A. A. Endemann a. a. O. S. 988 Anm. 18, Eccius a. a. O. S. 316, Schroeder a. a. O. S. 13, Staub a. a. O. S. 1358, Anm. 42 u. 43.

Dieses gilt also für alle Mängel. Selbst die auf grober Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis des Käufers wird so empfindlich bestraft, wenn es sich um einen Fehler nach § 459 Abs. 1 handelt, außer wenn der Verkäufer den Fehler arglistig verschwiegen oder die Abwesenheit des Fehlers zugesichert hat § 460 Satz 2. Denn im ersten Falle soll der dolus des Verkäufers getroffen werden, während im zweiten der Käufer sich ruhig auf die Zusicherung verlassen kann.

Eine weitere Einschränkung erfährt der Wandelungsanspruch dann, wenn der Käufer eine mangelhafte Sache trotz Kenntnis des Mangels vorbehaltlos annimmt (§ 464). Unter Annahme ist ähnlich wie unter der oben definierten Abnahme eine Annahme als Erfüllung [156]) zu verstehen, da in diesem „Annehmen" gleichzeitig das Moment der Billigung zu erblicken ist.

Zwar besteht nach B. G. B. beim Kaufe keine Prüfungspflicht, [157]) sondern ist diese lediglich für das Handelsrecht und auch nur beim zweiseitigen Handelskaufe (§ 377 H. G. B.) vorgeschrieben. Doch wird, falls nach einiger Zeit nicht die Mängel geltend gemacht werden, oder aus anderen Umständen leicht ein Verzicht [158]) auf den Wandelungsanspruch erblickt werden können. Auch muß der Vorbehalt sofort bekannt gemacht werden und sich auf einen bestimmten Mangel beziehen, während eine allgemeine Vorbehaltserklärung wirkungslos ist. [159])

§ 468 schließt den Wandelungsanspruch bei Grundstückskäufen aus, außer wenn der Mangel so erheblich ist, daß die Erfüllung des Vertrages für den Käufer kein Interesse hat. Hier wäre auch ein Ausnahmefall, wo der Verkäufer berechtigt wäre, durch

[156]) Planck z. § 464 Z. 1a;
[157]) Crome a. a. O. S. 451, Cosack a. a. O. S. 435,
[158]) Mot. II S. 229, Planck z. § 464 Z. 1b.
[159]) Cosack a. a. O. S. 434.

Nachbesserung d. h. Ergänzen der zugesicherten Größe, da es sich ja nur um einen Quantitäts- nicht Qualitätsfehler handelt, diesen Mangel zu beheben.[159a])

Eine Haftung für Mängel kann natürlich nicht eintreten, wenn eine Sache „auf Grund eines Pfandrechts in öffentlicher Versteigerung unter der Bezeichnung als Pfand verkauft wird." (§ 461). Sind diese drei Voraussetzungen erfüllt, so braucht der Pfandgläubiger nicht zu haften. Streitfrage ist, ob eine Haftung stattfindet, also ein Gewährleistungsanspruch begründet ist, wenn der Pfandgläubiger eine Eigenschaft zusichert. Die eine Meinung verneint dies, indem sie sich auf §§ 460, 462, 464 beruft, in denen unter „Mangel" gleichzeitig auch das Fehlen zugesicherter Eigenschaften verstanden wird.[160])

Richtig ist wohl die Ansicht, daß einen so weiten Erlaß der Haftung das Gesetz nicht bezweckte, sondern lediglich einen Schutz vor einer nicht gewollten Haftung für den Pfandgläubiger nicht begründen wollte. Gibt sich daher der Pfandgläubiger durch Zusichern von Eigenschaften selbst in Gefahr, so soll er auch die Folgen auskosten und für das Fehlen von zugesicherten Eigenschaften haften.[161])

Soweit ist meines Erachtens auch § 806 C. P. O. auszulegen. (Vgl. § 56 des Zwangsversteigerungsgesetzes vom 24. März 1897.)

Ebenso hat Fehler einer zur Erbschaft gehörenden Sache der Verkäufer nicht zu vertreten (§ 2176

[159a]) Emerich a. a. O. S. 70; im übrigen vergleiche über Berechtigung zur Nachbesserung Staudinger-Kober z. § 462 VIa und die dort Citierten.

[160]) Enneccerus-Lehmann a. a. O. S. 603, Kloss a. a. O. S 310, Eccius a. a. O. S. 313 ff.

[161]) Vergl. Planck z. § 461 Z. 1b, Dernburg a. a. O. S. 54, Crome a. a. O. S 453, Anm. 75, Ehrlich a. a. O. S. 47, Leistner a. a. O. S. 24, Oertmann z. § 461, Staudinger z. § 461.

Abs. 2). Auch hier steht dem Käufer also kein Wandelungsanspruch zu, wenngleich, wie oben gesagt, meines Erachtens eine Gewährleistung für arglistig verschwiegene Fehler und für das Fehlen zugesicherter Eigenschaften nicht abgesprochen werden kann.

Die Voraussetzung des Wandelungsanspruchs fehlt, er ist somit ausgeschlossen, wenn eine ganz andere als die gewünschte Sache oder bei Gattungskäufen eine andere Gattung geliefert wird. Denn hier handelt es sich nicht etwa um mangelhafte Vertragserfüllung, sondern es ist überhaupt noch gar keine Erfüllung eingetreten.[162]) Hier wäre nur die Bestimmung über das vertragsmäßige Rücktrittsrecht anzuwenden.

Ferner muß auch die jüngst oft erörterte Frage, ob der Bürge den Wandelungsanspruch selbständig geltend machen kann, verneint werden. Denn gerade im Sinne der Bürgschaft liegt es doch, eine Verbindlichkeit zu stützen, ihre Sicherheit zu begründen, nicht diese Verpflichtung zu zerreißen und damit den ganzen Bürgschaftscharakter gegenstandslos zu machen.[163])

Beim Viehkauf der im § 481 bestimmten Tiergattungen fällt der Wandelungsanspruch überhaupt fort, wenn nicht ganz bestimmte Mängel innerhalb einer kurzen bestimmten Gewährsfrist (§ 482) zu Tage getreten sind und der Käufer spätestens zwei Tage nach Ablauf dieser Frist oder zwei Tage nach früher erfolgtem Tode des Tieres (§ 485) den Mangel anzeigt oder die der Anzeige entsprechenden Handlungen vornimmt. Allerdings bleibt der Wandelungsanspruch bei arglistigem Verschweigen des Verkäufers bestehen.

---

[162]) Mot II S. 227.

[163]) Vergl. Niessen a. a. O. S. 460 ff., Mot. II S. 663, Jur. W. 1907 Nr. 20 Bd. 13, Friedenthal a. a. O. S. 133, Planck z. § 770 Z. 10, Crome a. a. O. S. 478, Dernburg a. a. O. S. 350.

Schließlich fällt der Wandelungsanspruch fort im Falle der §§ 351, 352 mit der Modifikation des § 467, 353 (vergl. dagegen § 487) und 356.

Beim Werkvertrage ist der Wandelungsanspruch ausgeschlossen, solange noch die Voraussetzungen des Nachbesserungsrechtes zu Gunsten des Unternehmers sprechen. Denn da der Wandelungsanspruch nur subsidiäre Geltung hat, kommt er erst in Frage, wenn der primäre Anspruch auf Nachbesserung erlischt oder aufgegeben wird. Würde dagegen der Besteller den Wandelungsanspruch von vornherein geltend machen können, so würde ihm der Unternehmer füglich die die Einrede des primären Rechtes auf Nachbesserung entgegenhalten.[164])

§ 5.

IV. Verjährung des Wandelungsanspruches.

Die eventuelle Geltendmachung eines Mangels wird für den Verkäufer oder Unternehmer stets einen sehr unerwünschten Schwebezustand bedeuten, ja sogar auf die Sicherheit und den glatten Verlauf eines regen Handelsverkehrs äußerst drückend und hemmend wirken. Um diese mißlichen Folgen zu beseitigen und möglichst einzuschränken, hat das Gesetz kurze Verjährungsvorschriften aufgestellt. Hierdurch wird den doch „immerhin nicht ganz unbedenklichen und für den Rechtsverkehr stets lästigen Rechtsmitteln“[165]) des Käufers oder Bestellers ein Hemmschuh angelegt. Will er seine Ansprüche geltend machen, so soll er auch bei Zeiten die nötigen Schritte tun. Daher bestimmt das Gesetz für die Verjährung des Wandelungsanspruches aus dem Kaufvertrage für Mobilien 6 Mo-

---

[164]) §§ 633 u 634.

[165]) Mot. II S. 239.

nate von der Ablieferung,[166]) für Grundstücke ein Jahr von der Übergabe[167]) an; beim Viehkauf bestimmter Tiergattungen ist diese Frist sogar auf 6 Wochen reduziert, die sich an die abgelaufene Gewährsfrist angliedert (§ 490).

Beim Werkvertrage lag es in der Natur der Sache, diese Fristen entsprechend zu erhöhen, da ein Mangel sich dort erst später zu offenbaren pflegt. So sind 6 Monate für Werke, ein Jahr bei Arbeiten an einem Grundstücke und 5 Jahre bei Bauwerken festgesetzt. Hier beginnt die Verjährung mit der Abnahme[168]) des Werks. Auch hier können an Stelle der gesetzlichen Vorschriften beliebige Parteivereinbarungen treten, doch ist der dolus gleichfalls wieder mit Nachteilen belegt, indem eine vertragliche Beschränkung oder Erlaß dieser Verjährungszeit nichtig ist. Dann gilt die allgemeine 30 jährige Verjährungsfrist. Die kurzen Verjährungsfristen gelten nur für den Vollzug des Wandelungsanspruches, für die Ansprüche aus ihm läuft die gewöhnliche 30 jährige Verjährungsfrist.[169])

Bestritten ist die Frage, ob eine vertragliche Verlängerung über die allgemeine 30 jährige Frist hinaus zulässig sei. Sie ist meines Erachtens zu bejahen, da das Gesetz im Gegensatz zu § 397 Abs. 3 des Entwurfs I keine zeitliche Beschränkung für die vertragliche Vereinbarung normieren wollte.[170])

---

[166]) „Für die Ablieferung ist wesentlich, daß der Verkäufer sich der Ware entäußert, die Gewahrsam aufgibt und der Käufer die tatsächliche Möglichkeit erlangt, durch streng einseitigen Akt sich sofort die Gewahrsam der Sache zu verschaffen, sie zu untersuchen und über sie tatsächlich zu verfügen." R. G. V. S. 31, vergl. auch Planck § 477 Z. 4a.

[167]) Vergl. Not. 37, 38 der Arbeit.

[168]) Vergl. Not. 42, 43 der Arbeit.

[169]) Windscheid-Kipp a. a. O. S. 657, Planck z. § 477, Landsberg a. a. O. S. 431. Vergl. auch Note 149 der Arbeit.

[170]) Planck z. § 477 Z. 5, Matthiass a. a. O. S. 525, a. A. Crome a. a. O. S. 474, Oertmann z. § 477 Z. 5b, Riezler a. a. O. S. 128.

Ausser den allgemeinen Vorschriften über Hemmung und Unterbrechung der Verjährung des Wandelungsanspruches kommt für die Unterbrechung noch der Antrag des Käufers oder Bestellers auf gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises in Betracht (§ 477 Abs. 2 § 639 Abs. 1). Vergl. hierzu §§ 211 Abs. 2, 212. Außerdem gilt für die Hemmung der Verjährung beim Werkvertrage die Sonderbestimmung des § 639 Abs. 2.

Literaturverzeichnis.

1. Albert: „Die rechtliche Natur der Wandelung.“ Würzburger Inaug. Diss. 1905.
2. Aschheim: „Der Wandelungsanspruch beim Kauf d. B. G. B. unter Berücksichtigung des gem. Rechts.“ Rostocker Inaug. Diss. 1902.
3. Balke: „Welche Rechte hat der Käufer von Gattungssachen bei Lieferung mangelhafter Sachen nach gem. Rechte und dem Rechte d. B. G. B.?“ Freiburger Inaug. Diss. 1899.
4. Biermann: „Klage des wandelungsberechtigten Käufers nach dem Rechte d. B. G. B.“ Archiv Bd. 95.
5. Cappenberg: „Die Gewährleistungspflicht des Unternehmers für Sachmängel nach d. B. G. B.“ Leipziger Inaug. Diss. 1903.
6. Cosack: „Lehrbuch d. deutschen bürgerlichen Rechts.“ Bd. I 1899.
7. Crome: „System des deutschen bürgerlichen Rechts.“ Bd. II 1902.
8. Crome: „Über den Begriff der zugesicherten Eigenschaften der Kaufsache“ in „das Recht“. 1902 Nr. 13.
9. Dernburg: „Das bürgerl. Recht.“ Bd. II 1901.
10. Düringer-Hachenburg: „Das Handelsgesetzbuch.“ Bd. III 1905.
11. Eccius: „Gewährleistung wegen Mängel d. Sache.“ In Gruchots Beiträgen Bd. 43.

12. Eccius: „Bemerkungen zu Grabners Aufsatz“ Gruchot Bd. 51.
13. Eckert: „Die Haftung d. Verk. und Unternehmers für Mängel und Fehler nach d. B. G. B.“ Rostocker Inaug. Diss. 1904.
14. Ehrlich: „Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache beim Kauf nach B. G. B.“ Greifswalder Inaug. Diss. 1900.
15. Emerich: „Kauf und Werklieferungsvertrag nach B. G. B.“ Straßburger Inaug. Diss. 1899.
16. Endemann: „Lehrbuch d. bürgerlichen Rechts.“ Bd. I 1903.
17. Engeling: „Worin unterscheidet sich nach d. R. d. B. G. B. d. Haftung d. Verk. u. d. Untern. hinsichtlich der Fehler u. Mängel d. Kaufsache u. d. Werks?“ Leipziger Inaug. Diss. 1902.
18. Enneccerus-Lehmann: „Das bürgerl. Recht. Bd. I 1901.
19. Entscheidungen d. Reichsgerichts in Zivilsachen. Bd. 59, 29.
20. Ey: „Die Vollziehung d. Wandelung nach d. B. G. B.“ Erlanger Inaug. Diss. 1908.
21. Fischer-Henle: „B. G. B.“ 1904.
22. Flechtheim: „Aufhebungsanspruch und Einrede.“ Gruchot Bd. 44.
23. Flechtheim: „Konstruktion d. Wandelungsanspruches“ in Jur. Zeit. 1902. Nr. 13.
24. Francke: „Zur Wandelung des Kaufes nach B. G. B.“ in Seufferts Bl. f. R. Anw. 1907 Nr. 12.
25. Friedenthal: „Wandelung und Minderung seitens des Bürgen.“ in Jur. W. Schr. 1908 Nr. 5.
26. Frisch: „Die Ansprüche auf Wandelung u. Minderung beim Werkvertrage nach B. G. B. mit Rücksicht auf das gem. und Preußische Recht.“ Rostocker Inaug. Diss. 1902.

27. Fürth: „Über das Verhältnis des Wandelungsanspruchs beim Kauf z. d. Anfechtung wegen Irrtums und Betrugs nach dem B. G. B.“ Leipziger Inaug. Diss. 1907.

28. Grabner: „Zur Auslegung des § 465 B. G. B.“ in Gruchot Bd. 50.

29. Grabner: „Nochmals z. Auslegung des § 465 B. G. B.“ in Gruchot Bd. 51.

30. Günder: „Die rechtliche Natur der Wandelung.“ Würzburger Inaug. Diss. 1904.

31. Hachenburg: „Dienstvertrag und Werkvertrag.“ 1898.

32. Haymann: „Rechtl. Natur und proz. Behandlung d. Wandelungsanspruchs.“ in Gruchot Bd. 46.

33. Heinecke: „Das Verhältnis d. Wandelungsanspruches zur Anfechtung d. Kaufs wegen Irrtums.“ Leipziger Inaug. Diss. 1907.

34. Hellwig: „Anspruch und Klagerecht.“ 1900.

35. Herbst: „Klageantrag und Urteilstenor bei Wandelungsklagen.“ in Zeitschrift f. Rechtspflege in Bayern 1905 Nr. 21.

36. ten Hompel: „Verständigungszweck im Recht.“ 1908.

37. Juristische Wochenschrift 1907 Nr. 20. Fall 13.

38. Kaulbach: „D. Konstruktion d. Wandel. u. Minder. im B. G. B.“ Rostocker Inaug. Diss. 1903.

39. Kipp: „Verurteilung z. Abgabe v. Willenserklärungen und Rechtshandlungen.“ 1892.

40. Kloss: „Gewährleistung wegen Mängel od. Fehler d. Kaufsache.“ im sächs. Archiv f. bürgerl. Recht. Bd. IX.

41. Kohler: „Ungehorsam u. Vollstreckung“ im Archiv 80.

42. Kraus: „Wirkungen des Rücktritts v. Vertrag insbes. d. Wandelung b. Kauf“ in Ztschr. f. Rechtspflege in Bayern 1906 Nr. 20.
43. Krückmann: „Wandelung und Anfechtung b. Kauf.“ Archiv 98.
44. Krückmann: „Eine bedenkliche Entscheidung d. R. G. auf d. Gebiete d. Wandelungsrechts.“ S. Bl. f. R. A. 1905 Nr. 21.
45. Kuhlenbeck: „Das B. G. B.“ Bd. I, Teil 1, 1898.
46. Kuhlenbeck: „Kommentar zum B. G. B.“ 2. A. 1903.
47. Kuhlenbeck: „Von den Pandekten zum B. G. B.“ 2. Teil 1899.
48. Langheineken: „Anspruch und Einrede.“ 1903.
49. Landsberg: „Das Recht des B. G. B.“ Erste Hälfte. 1904.
50. Leistner: „D. Haftung d. Verkäufers wegen Mängel d. Kaufsache nach B. G. B.“ Erlanger Inaug. Diss. 1900.
51. Leske: „B. G. B. u. Preuß. A. L. R.“ Erste Hälfte 1900.
52. Levy: „Gewährleistung f. Mängel b. Werkvertrag.“ 1903.
53. Lobe: „Wandelung u. ihre prakt. Bedeutung.“ Sächs. Archiv Bd. IX.
54. Matthiass: „Lehrbuch des bürgerl. Rechts. Bd. I. 1899.
55. Matthiass: „Wandelung nach B. G. B.“ in Jur. Zeit. 1902 Nr. 9.
56. Meisner: „D. Recht d. Schuldverhältnisse. Kommentar.“ 1898.
57. Motive: „Zu dem Entwurfe eines B. G. B.
58. Müller: „Vollzug. d. Wandel. u. Preismind.“ S. Bl. f. R. A. 1904. Nr. 3.
59. Neumann: „Handausgabe des B. G. B.“ Bd. I 1900.
60. Niessen: in Jur. W. Schr. 1902 Nr. 57/58.
61. Oertmann: „Kommentar zum B. G. B. Recht der Schuldverhältnisse.“ 1899.

62. Oertmann: „Zur Lehre von d. Wandelung“, „das Recht“ 1904 Nr. 1 u. 2.
63. Oertmann: „Wandelung nach Zwangsvollstreckung d. Kaufsache“ in Jur. Zeit. 1905. Nr. 11.
64. Pfeiffer: „D. rechtl. Natur d. Wandelung.“ Erlanger Inaug. Diss. 1906.
65. Planck: „B. G. B. Recht der Schuldverhältnisse.“ 1907.
66. Protokolle d. Kommission für die 2te Lesung d. Entwurfes eines B. G. B.
67. Rechtsprechung der O. L. G. Bd. IV.
68. Riezler: „Werkvertrag.“ 1900.
69. Rümelin: „Dienstvertrag u. Werkvertrag.“ 1905.
70. Scherer: „Recht d. Schuldverh.“ 1899.
71. Schroeder: „Gewährleistung für Sachmängel beim Kauf.“ 1903.
72. Staffel: „Über d. Wirkungen der peremptorischen Einreden.“ Sächs. Archiv Bd. X.
73. Staub: „Kommentar z. H. G. B.“ Bd. II 1900.
74. Staudinger: „Kommentar z. B. G. B.“ Bd. II 1901.
75. Staudinger-Kober: „Kommentar z. B. G. B.“ Bd. II 3/4 A. 1908.
76. Stratmann: „Von d. Vollziehung d. Wandelung u. Minderung nach dem Rechte d. B. G. B.“ Rostocker Inaug. Diss. 1901.
77. Tietze: „Unmöglichkeit der Leistung.“ 1900.
78. Thiele: „Vollziehung der Wandelung u. Minderung nach B. G. B.“ im Archiv 93.
79. Türcke, Niedenführ, Winter: „Das bürgerliche Recht.“ Bd. I. 1904.
80. Werner: „Streitfragen aus d. Gebiet d. Wandelungsrechts.“ in „das Recht“ 1902 Nr. 11, 13, 19.
81. Windscheid-Kipp: „Lehrbuch des Pandektenrechts.“ 1900.